Über den sogenannten contractus mohatrae, den auf Hingabe einer Sache zum Verkauf und Behalten des Erlöses als Darlehn gerichteten Vertrag, nach dem heutigen bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Königlich Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Heinrich Hahne
aus Lehrte
Gerichtsassessor bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Hildesheim.

Approbiert am 4. Mai 1910.

1911.
Druck von August Lax in Hildesheim.

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Einleitung. Allgemeines über den contractus mohatrae und Feststellung des Themas. 9

B. Der contractus mohatrae.

I. Das Darlehn im allgemeinen. 12

1. Die Realkontraktstheorie.

a. Das Zustandekommen des Darlehnsvertrages. 13

b. Der Darlehnsvorvertrag. 14

2. Die Konsensualkontraktstheorie. 17

3. Die Gründe für die Anwendbarkeit der Realkontraktstheorie. 18

II. Der contractus mohatrae im besonderen.

1. Die rechtliche Konstruktion.

a. Der contractus mohatrae als Darlehnsvorvertrag. 21

b. Der contractus mohatrae als auftragsähnliches Rechtsverhältnis.

α. Die Ermächtigung. 24

β. Die Gegenüberstellung der Ermächtigung mit dem Auftrag. 27

γ. Das Auftragsverhältnis. 29

δ. Die Verbindung des Auftragsverhältnisses mit dem Darlehnsvorvertrage. 31

c. Das Ergebnis. 33

d. Die in der Literatur vertretenen Konstruktionen. 33

α. Der contractus mohatrae als aufschiebend bedingtes Darlehn. 33

β. Der contractus mohatrae als Trödlervertrag. 35

γ. Der coutractus mohatrae als Verkauf und Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld. 36

αα. Die causa. 37

ββ. Die Eigentumsverschaffung. 38

γγ. Die Gefahrtragung. 39

2. Das Zustandekommen des Darlehnsvertrages.

a. Die res. 42

b. Der consensus. 46

3. Der Erfüllungsanspruch.

a. Des Darlehnsnehmers. 49

b. Des Darlehnsgebers. 50

4. Die Folgen des Verzuges. 54

a. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. 55

b. Das Recht auf Rücktritt vom Vertrage. 59

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0013

Literaturverzeichnis.

Achilles: Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. Berlin 1909.

Adler: Realkontrakt und Vorvertrag. Iherings Jahrbücher. Bd. 31 S. 190 ff.

Alexander: Über die Formen der Darlehnsbegründung im römischen Recht. Dissertation. Heidelberg 1908.

Brinz: Kritische Blätter zivilistischen Inhalts Nr. 1. Erlangen 1852.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. 1865.

G. Cohn in W. Edemann's Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechelrechts. Bd. 3 S. 843 ff

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 4. Aufl. Jena 1903.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen 1902.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte. Freiburg i. B. 1897.

Degenkolb: Der Vorvertrag. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 71 S. 1 ff.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. 2, 1. Abtl., 4. Aufl. Halle 1909.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. 2, 2. Abtl., 3. Aufl. Halle 1906.

Dernburg: Pandekten. Bd. 2, 7. Aufl. Berlin 1903.

Eisele: Über Realkontrakte. Zeitschrift für schweizerisches Recht. N. F. Bd. 3 Nr. 1.

Endemann: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Abt. 2. Marburg 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Bd. 2, 7. Aufl. Berlin 1896.

Friedmann: Über das Darlehn durch Hingabe einer Sache zum Verkauf nach römischem und deutschem Bürgerlichen Recht. Dissertation. Leipzig 1907.

Geller: Der Vorvertrag. Dissertation. Erlangen 1908.

Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. Stuttgart 1897.

Hoeniger: Zum Vereinbarungsdarlehn. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 33 S. 278 ff.

Hohenstein: Zur Darlehnslehre nach BGB. Dissertation. Erlangen 1907.

Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltsvereins. Berlin. Herausgegeben von Neumann.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kisch: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Teil. Berlin 1906.

Kohler: Ueber das Konsensualdarlehn. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 2, S. 211 ff.

Kohler: Das Vereinbarungsdarlehn. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 33 S. 1 ff.

Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.
Kuhlenbeck: Juristische Wochenschrift 1904. S. 377 ff., 401 ff.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2 Teil. Berlin 1899.
Lammfromm: Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.
Liebert: Beiträge zur Lehre des contractus aestimatorius. Dissertation. Berlin 1890.
Lübbert: Der Kreditvertrag. Iherings Jahrbücher. Bd. 52 S. 313 ff.
Martin: Die Verwandlung bestehender Schulden in Darlehnsschulden. 1903.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1910.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 2. Aufl. Berlin 1896.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1907.
Reatz: Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1893.
Das Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel. München.
Regelsberger: Iherings Jahrbücher. Bd 52 S. 410 ff.
Regelsberger: Zivilrechtliche Erörterungen. Weimar 1868.
Sander: Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld. Dissertation. Breslau 1905.
Freiherr von Schey: Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1, 1. Heft. Wien 1890.
Schloßmann: Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. Iherings Jahrbücher Bd. 45 S. 1 ff.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung. 1900.
Schneemann: Zur Lehre von der Entwicklung und der Natur des contractus aestimatorius. Dissertation. Erlangen 1897.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1904.
Schöninger: Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts. 1906.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 2. a. Allgem. Teil. 5. u. 6. Aufl. Lieferung 1. München 1910
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. Bd. 2. b. Spez. Teil. 5. u. 6. Aufl. Lieferung 4. München 1910.
Stintzing: Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. 1903.
v. Tuhr: Naturalherstellung und Geldersatz. Iherings Jahrbücher. Bd. 46 S. 39 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

A. Einleitung. Allgemeines über den contractus mohatrae und Feststellung des Themas.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält in den §§ 607 bis 610 nur einzelne Bestimmungen über das Darlehn. Es will nicht das gesamte das Darlehn betreffende Recht regeln, sondern alle Besonderheiten des jeweilig gegebenen Falles der Vereinbarung der Parteien überlassen. Deshalb ist bei jedem einzelnen Darlehnsvertrage der Wille der Parteien zu erforschen und sind danach unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen und der Natur des Darlehnsvertrages die auftauchenden Fragen zu beantworten.[1]) Dies gilt insbesondere auch für die Begründung des Darlehns. Im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist:

1. der Fall, daß der Darlehnsempfänger Geld oder andere vertretbare Sachen direkt als Darlehn empfangen hat (§ 607 Abs. 1) und
2. der Fall der Vereinbarung, daß der Schuldner Geld oder andere vertretbare Sachen, die er aus einem anderen Grunde schuldet, nunmehr als Darlehn schulden solle. (§ 607 Abs. 2.)

Indes ist außer diesen Fällen zur Begründung eines Darlehns auch der Weg einer dahingehenden Vereinbarung möglich, daß das Darlehn erst durch Vermittlung der Hingabe anderer Sachen oder Waren, also durch indirekten Empfang der Dahrlehnssumme, zur Entstehung gelangen soll. Eine solcher Vereinbarungen ist der hier zu behandelnde Fall des sogenannten contractus mohatrae, d. h.

---

[1]) Vgl. Planck, Bd. 2 Vorbemerkung I zu § 607; Achilles, Vorbemerkung 1 zu § 607.

des Vertrages, der gerichtet ist auf die Hingabe einer Sache zum Verkauf und Behalten des Erlöses als Darlehn.

Der Ausdruck „mohatra“ stammt, wie Cohn[1]) ausführt, aus dem Arabischen. Er ist abgeleitet von dem Verbum: „khâtar“ sich einer Gefahr aussetzen. Ursprünglich bezeichnete man mit ihm ein anderes als das hier zu behandelnde Geschäft, nämlich ein Geschäft der Art, daß jemand eine Sache an einen anderen zu einem sehr hohen Preise auf Kredit verkaufte und sie sofort gegen einen von ihm bar zu zahlenden geringeren Preise zurückkaufte. Hier setzte sich der Verkäufer und Wiederverkäufer der Gefahr aus, daß er den kreditierten Kaufpreis von dem Käufer nicht bekam, denn, da solche Geschäfte meist zu Wucherzwecken abgeschlossen wurden, liegt es auf der Hand, daß derjenige, welcher sich auf solche Geschäfte einließ, pekuniär schon in einer Notlage sich befand, und damit die Gefahr bestand, daß er später zu bezahlen nicht imstande war. Der Endzweck dieses Geschäfts war auch ein Darlehn insofern, als der Käufer durch den sofortigen Wiederverkauf gegen bar Geld in die Hand bekam. Er schuldete dann den ihm von dem Verkäufer kreditierten meist zu hohen Kaufpreis. Juristisch liegen hier zwei gewöhnliche Kaufverträge vor, die keine Besonderheiten bieten. Von diesem Falle ist hier vollständig abzusehen. Der Ausdruck „contractus mohatrae“ ist dann auch später auf den hier zu behandelnden Fall übertragen und wird jetzt in der Literatur allgemein lediglich hierfür angewandt, nur wenige wie z. B. v. Schey[3]) und nach diesem Dernburg[2]) gebrauchen ihn noch in dem eben behandelten Sinne.

Der contractus mohatrae im Sinne des hier zu behandelnden Falles stammt aus dem römischen Rechte. Er ist die erst im Laufe der Zeit entstandene freieste

[1]) Cohn, S. 846.
[2]) v. Schey, § 10 S. 83.
[3]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 [2] § 234 Anm. 9 S. 243.

Form für die Begründung eines Darlehns. Es bedurfte geraumer Zeit, bis die Römer, die an ihrem ursprünglichen starren und formstrengen nexum und darauf dem mutuum festhielten, veranlaßt durch die Bedürfnisse des Verkehres, auch freiere Formen der Darlehnsbegründung als rechtsverbindlich anerkannten. So finden wir den contractus mohatrae in einer von Ulpian stammenden Stelle der Digesten aufgenommen: l. 11 D. de rebus creditis XII, 1 lautet: „Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri ut eam venderes et nummis utereris si vendideris, puto mutuam pecuniam factam.“ Bestehen auch über diese Stelle verschiedene Kontroversen, insbesondere darüber, wann das Darlehn als zustande gekommen anzusehen ist, so geht doch aus ihr klar hervor, daß die Römer den contractus mohatrae als eine Begründungsart des Darlehns anerkannten.[1])

Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine unmittelbare auf den contractus mohatrae anwendbare Bestimmungen enthält, ist bei ihm, wie bereits angedeutet ist, in jedem einzelnen Falle der Wille und die Absicht der Parteien zu erforschen und danach der Vertrag auszulegen. Hieraus ergeben sich einige Schwierigkeiten für eine einheitliche Behandlung. Es soll deshalb, um eine feste Grundlage zu haben, ein Fall gebildet werden, wie sich gewöhnlich der Abschluß des Vertrages abspielen wird, und an Hand dieses Regelfalles, ausgehend von dem gewöhnlichen Darlehnsvertrage, der rechtliche Aufbau des contractus mohatrae, das Zustandekommen des aus ihm sich entwickelnden Darlehns und die insbesondere für den Fall des Verzuges aufzustellenden Grundsätze erörtert werden.

Der Darlehnsbitter, Darlehnsnehmer oder Darlehnsempfänger soll N, der das Darlehn Gewährende, Darlehns-

[1]) Vgl. besonders die Entwicklung der Begründungsformen des römischen Darlehns bei Alexander: Über die Formen der Darlehnsbegründung im römischen Recht; auch Friedmann, der sich mit der Auslegung der Digestenstelle beschäftigt hat.

geber oder Darleiher soll G genannt werden. Der Regelfall ist folgender:

N bittet den G um ein Darlehn von 100 M. Da G kein bares Geld zur Hand hat oder aus irgend einem anderen Grunde, zeigt er N eine Vase im Werte von 100 M. und sagt ihm: „Ich will Dir die Vase geben. Diese verkaufst Du, um Dir Geld zu verschaffen, den Erlös schuldest Du mir dann als Darlehn und verzinst ihn mit 4%.“ N erwidert: „Damit bin ich einverstanden.“

Wenn dem Praktiker ein solcher Vertrag auch nicht sehr häufig begegnen wird, so wird er doch immerhin abgeschlossen, was schon seine Erwähnung in den Digesten beweist. Vor allen Dingen aber ist seine rechtliche Konstruktion von großem juristischen Interesse. Die meisten Schriftsteller haben sich allerdings damit begnügt den contractus mohatrae mit wenigen Worten abzutun, und es besteht, soweit ich sehe, außer Friedmann, der sich aber auch hauptsächlich mit der erwähnten Digestenstelle beschäftigt und das heutige Recht nur sehr knapp behandelt, keine eingehende Erörterung des contractus mohatrae.

B. Der contractus mohatrae.

I. Das Darlehn im allgemeinen.

Für die Behandlung des contractus mohatrae ist es von grundlegender Bedeutung, ob man das Darlehn als einen Real- oder Konsensualkontrakt auffaßt. Dieses ist für das Bürgerliche Gesetzbuch besonders wieder in neuerer Zeit heftig bestritten. Es soll nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein, diese Streitfrage im einzelnen zu erörtern, insbesondere auf die von den Anhängern der Konsensualkontraktstheorie für deren Berechtigung angegebenen Gründe im einzelnen einzugehen und sie zu widerlegen, sondern es soll nur kurz der Inhalt beider Theorien angeführt und die Gründe dargelegt werden,

aus denen der Verfasser sich zu der Realkontraktstheorie bekennt. Darauf soll lediglich von diesem Standpunkt aus in die Behandlung des contractas mohatrae eingetreten werden.

1. Die Realkontraktstheorie.

a. Das Zustandekommen des Darlehnsvertrages.

Die Eigenart des Darlehns als Realvertrages besteht darin, daß der Vertrag erst zustande kommt durch die res, d. h. durch das Geben und Nehmen der Darlehnssumme. Die res ist Quälitätserfordernis des Realvertrages. Erst mit der Übereignung und Annahme der Darlehnssumme ist der Darlehnsvertrag geschlossen, besteht ein klagbarer Anspruch aus dem Darlehn. Der Kläger muß bei der Darlehnsklage die Hingabe der Darlehnsvaluta behaupten und beweisen, wenn er nicht wegen ungenügender Substanziierung der Klage abgewiesen werden will. Die Hingabe des Kapitals ist der Entstehungsgrund für das Darlehn.

Naturgemäß muß auch hier zwischen den Parteien eine Einigung darüber zustande kommen, daß die gegebene Summe als Darlehnsvaluta gegeben sein soll. Beide Parteien müssen also den Willen haben, durch die Übergabe und Annahme des Geldes oder der anderen vertretbaren Sachen ein Darlehn zu begründen, d. h. beider Wille muß darauf gerichtet sein, daß der Nehmer Eigentümer des Übermachten werden und verpflichtet sein soll, das Empfangene in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Haben sie diesen Willen nicht, dann kann nicht von einem Darlehn die Rede sein, es kann vielleicht eine Leihe oder Schenkung vorliegen. Es ist allerdings nicht unbedingt erforderlich, daß auch dieser Wille von den Parteien ausdrücklich erklärt wird, sondern es genügt, daß die Einigung stillschweigend erfolgt. Sie erscheint, wie v. Schey[1]) sich ausdrückt, „in der Hingabe und Übernahme der res eingeschlossen". Auch Dernburg[2]) hält

[1]) v. Schey, § 4 S. 40; § 8 S. 67.
[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2[2] § 234 S. 242.

eine ausdrückliche Einigung nicht für erforderlich.[1]) Gibt z. B. G dem N auf dessen Bitte um ein Darlehn von 100 Mk. stillschweigend das Geld, dann ist die Erklärung, daß dieses Geld das Darlehn bilden solle, nicht mehr erforderlich. Anders würde der Fall liegen, wenn G, ohne daß N darum gebeten hat, diesem stillschweigend 100 Mk. gibt. Hier würde man, wenn sich nicht aus den sonstigen begleitenden Umständen etwas anderes ergibt, eher an eine Schenkung denken können.

b. Der Darlehnsvorvertrag.

Neben diesem endgiltig abgeschlossenen Darlehnsrealvertrage sind auch Vorverträge, die erst auf den Abschluß des Darlehnsvertrages hinzielen, als rechtlich verbindlich anerkannt. Sie sind in drei Arten denkbar:[2])

1. als pactum de mutuo dando: Nur der Darlehnsgeber wird zum Abschluß des Darlehnsvertrages durch Hingabe des Darlehns verpflichtet;
2. als pactum de mutuo accipiendo: Nur der Darlehnsempfänger wird zum Abschluß des Darlehnsvertrages durch Annahme des Darlehns verpflichtet;
3. als pactum de mutuo dando et accipiendo: Beide Teile werden zum Abschluß des Darlehnsvertrages durch Hingabe und Annahme der Darlehnssumme verpflichtet.

Nur der erste Fall ist im Gesetz erwähnt und in § 610 BGB. gesagt, daß das Versprechen im Zweifel widerrufen werden kann beim Eintritt einer wesentlichen Vermögensverschlechterung des Darlehnsnehmers und einer dadurch hervorgerufenen Gefährdung des Anspruchs auf Rückerstattung. Aber auch die beiden anderen Fälle sind nach der das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Vertragsfreiheit zulässig.

[1]) Ebenso Degenkolb, S. 56; Eisele, S. 17.
[2]) Vgl. v. Schey, § 22 S. 172, 173.

In welchem Sinne der Darlehnsvorvertrag abgeschlossen ist, kommt auf den einzelnen Fall an. Auch hierfür ist der Wille und die Absicht der Parteien maßgebend. Immer liegt hierbei in der Erfüllung des Vorvertrages der Abschluß des Hauptvertrages, also des Darlehnsvertrages. Es wird die Darlehnsvaluta in bezug auf den Vorvertrag solvendi causa, in bezug auf den Hauptvertrag credendi oder obligandi causa gegeben. Mit der Hingabe und Annahme der Darlehnssumme ist der Vorvertrag erledigt und der Darlehnsvertrag zum Abschluß gelangt. Kommt eine der Parteien also mit der Erfüllung des Vorvertrages in Verzug, so kann die andere keinesfalls schon aus dem Darlehnsvertrage Rechte herleiten, sondern lediglich aus dem Vorvertrage.

Natürlich ist auch hier beim Geben und Nehmen der Darlehnssumme, also bei Abschluß des wirklichen Darlehnsvertrages, die Einigung der Parteien über das Darlehn, nämlich den Eigentumsübergang und die Rückgabepflicht erforderlich, aber hier wird man niemals die ausdrückliche Erklärung der Einigung für nötig erachten, denn beim Geben und Nehmen der Valuta ist es klar, daß die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, ein Darlehn begründen zu wollen, wie es bei Abschluß des Vorvertrages verabredet war.[1]) Indes ist nicht die beim Abschluß des Vorvertrages und die bei dem später erfolgenden Abschluß des Darlehnsvertrages vorhandene Einigung die gleiche, vielmehr haben beide einen verschiedenen Inhalt. Erstere ist nämlich ein consensus de futuro und betrifft die Verpflichtung zu einer künftigen Leistung, letztere ist ein consensus de praesenti und betrifft den Zweck einer reellen Leistung, die causa credendi.[2])

Liegt ein pactum de mutuo dando et accipiendo vor,

[1]) Förster-Eccius, Bd. 2 § 137 S. 244 sagt: „Im Übrigen wird in der an den anderen Teil auf Grund des pactum de mutuando geleisteten Zahlung eine ausreichende stillschweigende Einigung über die Hingabe als Darlehn zu finden sein.

[2]) v. Schey, § 22 S. 174.

wollen also beide Parteien, die eine zum Geben, die andere zum Nehmen des Darlehns verpflichtet sein, so gehen die beiderseitigen Ansprüche auf den Abschluß des Darlehnsvertrages. Beide Teile sind also von Anfang an in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet. Die Erfüllung ihrer Ansprüche soll voneinander abhängig sein und steht in dem Verhältnis von Leistung zu Gegenleistung. Es liegt somit ein gegenseitiger Vertrag vor, auf den die Bestimmungen der §§ 320 ff. BGB. zur Anwendung zu bringen sind. Dies haben auch besonders Regelsberger,[1]) Staudinger,[2]) Adler[3]) und Kuhlenbeck,[4]) hervorgehoben.[5]) Der Darlehnsvertrag selbst dagegen ist nie ein gegenseitiger Vertrag, sondern immer nur ein einseitig verpflichtender; nur der Darlehnsempfänger wird verpflichtet, das Darlehn zurückzuerstatten.[6]) Der gegenseitige Darlehnsvorvertrag ist insofern noch ganz besonderer Art, als die gegenseitigen Leistungen derart voneinander abhängig sind, daß die eine überhaupt nicht ohne die andere möglich ist, denn jede der Parteien ist zum Abschluß des Darlehnsvertrages nicht nur berechtigt und verpflichtet, sondern muß auch dazu mitwirken, sonst kann der Vertrag überhaupt nicht zustande kommen. Verweigert also die eine Partei ihre Mitwirkung oder ist ihre Mitwirkung unmöglich, so scheitert damit das Zustandekommen des Darlehnsvertrages, auch wenn die andere Partei ihre Zustimmung zu dem Vertragsabschlusse erklärt, denn diese Zustimmungserklärung kann erst in die gewollte Wirksamkeit treten, wenn der andere Teil sie annimmt und gleichfalls sein Einverständnis erklärt. Somit liegt auch auf Seiten der zur Leistung bereiten Partei Umöglichkeit der Leistung vor.[7])

[1]) Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 414.
[2]) Staudinger, Bd. 2b Vorbem. 2a zu § 607.
[3]) Adler, S. 239.
[4]) Kuhlenbeck, BGB. Bd. 1 S. 412; Pand. 2. Teil § 31 S. 218.
[5]) Vgl. auch Geller, S. 20.
[6]) Anderer aber ziemlich alleinstehender Ansicht Cosack, Bd. 1 S. 502.
[7]) Vgl. Adler, S. 250.

2. Die Konsensualkontraktstheorie.

Demgegenüber hält die Konsensualkontraktstheorie den soeben behandelten Vorvertrag bereits für den abgeschlossenen Darlehnsvertrag und läuft im wesentlichen darauf hinaus, daß die Konstruktion des Darlehnsvertrages in einen Konsensualvorvertrag und einen Realhauptvertrag überflüssig erscheine. Ihre Anhänger stehen auf dem Standpunkt, daß in dem Konsensualvertrage bereits der fertige Darlehnsvertrag liege. Die Hingabe der Darlehnsvaluta geschehe also nicht credendi causa, sondern solvendi causa des abgeschlossenen Darlehnsvertrages. Auch entspringe bereits aus dem Konsensualvertrage die Pflicht, das Darlehn zurückzuerstatten. Konsequenterweise braucht also in einem praktischen Falle bei der Darlehnsklage der Kläger lediglich den Abschluß des Konsensualdarlehnsvertrages, nicht aber auch die Übergabe der Valuta zu behaupten, und es müßte beim Nichterscheinen des Beklagten in der mündlichen Verhandlung auf Antrag des Klägers Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergehen. Erscheint aber der Beklagte, dann braucht der Kläger erst auf die exceptio non adimpleti contractus die Übermittlung der Darlehnsvaluta zu behaupten und zu beweisen.[1])

Diese Konsensualkontraktstheorie ist besonders vertreten von Kohler,[2]) Lammfromm,[3]) Lübbert,[4]) Stintzing,[5]) Schloßmann,[6]) Hohenstein[7]) und zuletzt von Hoeniger.[8]) Diese Vertreter der Theorie kommen zum Teil mit recht ausführlicher Begründung auf den verschiedensten Wegen zu der Annahme des Darlehns als Konsensualvertrages und führen die verschiedensten Gründe für deren Be-

[1]) v. Schey, § 4 S. 38; Motive, Bd. 2 S. 308; Haidlen, Bd. 1 Erl. 1 zu § 607; anders Hohenstein, S. 38.

[2]) Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 2 S. 211 ff. und neuerdings Bd. 33 S. 1 ff; Lehrbuch, Bd. 2 § 128 S. 338, 339.

[3]) Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag.

[4]) Lübbert, Iher. Jahrb. Bd. 52 S. 313 ff.

[5]) Stintzing, Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse.

[6]) Schloßmann, Iher. Jahrb. Bd. 45 S. 1 ff.

[7]) Hohenstein, zur Darlehnslehre nach BGB.

[8]) Hoeniger, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 33 S. 278 ff.

rechtigung an. So will Kohler die Berechtigung der Theorie aus dem praktischen Leben herleiten, Lübbert aus der Dogmengeschichte des Darlehns, Hohenstein aus der Möglichkeit der Begründung eines Darlehns durch Forderungsabtretung und Gutschrift und Hoeniger aus den gemischten Verträgen. Stintzing hält den Vorvertrag lediglich für eine Vorverpflichtung und Schloßmann bestreitet das Vorkommen von Vorverträgen im praktischen Leben überhaupt, er hält die Vorverträge bereits für die Hauptverträge. Alle kommen darin überein, daß diese Theorie zu praktischerem und brauchbarerem Ergebnisse führe.

3. Die Gründe für die Anwendbarkeit der Realkontraktstheorie.

Die Konsensualkontraktstheorie ist in erster Linie um deswillen nicht zur Anwendung zu bringen, weil sie direkt im Widerspruche mit dem Wortlaute des Gesetzes steht, worüber sich deren Anhänger nicht hinwegsetzen dürfen. Wenn es in § 607 BGB. heißt:

> „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, das Empfangene ..... zurückzuerstatten,“

so ist damit deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die Verpflichtung zur Rückgabe erst durch die Hingabe und das Empfangen der Darlehnssumme begründet werden soll, daß also die Hingabe zum Tatbestande des Darlehnsvertrages gehört und dieser somit erst durch die Hingabe zum Abschluß kommt. Dazu hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 610 das Versprechen der Hingabe eines Darlehns, also den Darlehnsvorvertrag (pactum de mutuo dando) in ausgesprochenen Gegensatz gestellt. Aus dieser ausdrücklichen Gegenüberstellung und dem Wortlaute des § 607 BGB. folgt mit bindender Notwendigkeit, daß man nach den Bestimmungen des Gesetzes den Darlehnsvertrag nur als Realvertrag auf-

fassen kann, denn das ist gerade das Wesen des Realvertrages, daß zu dem obligatorischen Konsens noch die körperliche Übermittlung, die res, hinzukommen muß.[1]) Zwar erklären die Motive[2]): „Es bestehe kein Bedürfnis in Erledigung des wissenschaftlichen Streites den Darlehnsvertrag als einen gewöhnlichen Konsensualvertrag zu bezeichnen", aber wenn wirklich nicht in den Streit eingegriffen werden sollte, dann durfte das Gesetz auch nicht eine Fassung bekommen, die nur die Annahme des Darlehnsvertrages als eines Realvertrages zuläßt.[3])

Zudem spricht, wie besonders Crome[4]) hervorgehoben hat, die geschichtliche Entwicklung für die Realkontraktsnatur des Darlehns.[5])

Schließlich ist auch nicht zu verkennen, daß die Verkehrsauffassung darauf hinweist, das Darlehn als Realvertrag anzusehen. Ihr entspricht es, anzunehmen, daß durch die Realleistung das vorher gegebene Darlehnsversprechen erledigt und nunmehr ein neues Vertragsverhältnis begründet wird. Erst nach der wirklichen Hingabe und Annahme der Darlehnssumme spricht man schlechthin im Verkehr von einem Darlehn, nicht aber schon mit dem Abschluß des Vorvertrages.[6]) Es enspricht dem Volksbewußtsein zu sagen: „Weil ich Dir die Summe als Darlehn gegeben habe, deshalb bist Du verpflichtet, sie mir zurückzuerstatten". Darin liegt die Auffassung,

[1]) Auch Schloßmann verkennt dies nicht, geht nur in seiner Schlußfolgerung fehl. Er sagt Iher. Jahrb. Bd. 45 S 71: „Gleichwohl entspricht die Fassung des § 607 einer Auffassung, die ihn (den Darlehnsvertrag) als Realvertrag hinstellt, wogegen andererseits durch § 610 die bindende Kraft eines pactum de mutuo dando sanktioniert, der Darlehnsvertrag also zum Konsensualvertrag geprägt ist".

[2]) Motive, Bd. 2 S. 306.

[3]) Nicht zutreffend Oertmann, Vorbem. 2 zu § 607: „nach den Motiven ist der Wortlaut des § 607 geflissentlich gewählt, um die Frage, ob das Darlehn Real- oder Konsensualkontrakt sei, zu entscheiden". Nach den Motiven hat das Gesetz gerade diese Frage nicht entscheiden sollen.

[4]) Crome, Part. Rechtsgesch. § 53 S. 368.

[5]) Vgl. auch Sander, S. 4.

[6]) Vgl. Regelsberger, Iher. Jahrb. Bd. 52 S. 413; Crome, Part. Rechtsgesch. § 53 S. 371; Martin, § 2 Anm. 30 S. 10.

daß erst durch die Hingabe das Darlehn begründet wird. Nimmt man z. B. den bereits oben angedeuteten Fall: G und N haben ein pactum de mutuo dando et accipiendo geschlossen. G klagt, ohne dem N die Darlehnsvaluta gegeben zu haben und dies in der Klagschrift zu erwähnen, auf Rückgabe. N erscheint in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, weil er sich sagt, Du hast noch gar kein Geld von G empfangen und er behauptet dies auch nicht, wie kann er auf Rückgabe klagen. N würde wohl einigermaßen erstaunt sein, wenn ihm nach ein paar Tagen ein Versäumnisurteil zugestellt wird, durch das er ohne weiteres zur Zahlung verurteilt ist, und wenn er auf seine Erkundigung von dem Rechtsanwalt erfährt, daß er in dem Termine hätte erscheinen und geltend machen müssen, daß er die Darlehnssumme noch nicht erhalten habe, und daß erst dann der Gegner verpflichtet sei, dieses zu bestreiten und den Gegenbeweis zu führen. Diese Auskunft würde mit Recht einiges Kopfschütteln bei N erregen.

Somit ist die Realkontraktstheorie als die dem Gesetz, der geschichtlichen Entwicklung und der Verkehrsauffassung entsprechende und deshalb als die richtige anzusehen. Sie ist demgemäß auch die bei weitem herrschende[1]) und vom Reichsgericht in ständiger Praxis vertretene.[2])

Erwähnt mag noch werden, daß auch das Gesetz selbst in § 607 Abs. 2 ein Konsensualdarlehn kennt

---

[1]) Oertmann, Bd. 2 Vorbem. 2 zu § 607; Planck, Bd. 2 Vorbem. I zu § 598 und Vorbem. III 3a zu § 607; Staudinger, Bd. 2b Vorbem. 2 zu § 607; Achilles, Vorbem. 3 zu § 607; Enneccerus Bd. 1² § 362 S. 372; Endemann, Bd. 1 § 106 Anm. 9 S. 617 und § 184 Anm. 2 S. 1155; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2² § 234 S. 241; Cosack, Bd. 1 § 142 S. 510; Kuhlenbeck, BGB. Bd. 1 S. 412 und jur. Wochenschr. 1904 S. 377 ff., 401 ff; Schollmeyer, S. 87; v. Schey, § 4 S. 36; Adler, S. 212; Crome, Part. Rechtsgesch. S. 368 und Bürgerliches Recht Bd. 2 § 247 S. 596; Matthiaß, Bd. 1 § 121 S. 320; Schöninger, § 48 S. 149/150; Regelsberger, Iher. Jahrb. Bd. 52 S. 410 ff.; Martin, § 2 Anm. 30 S. 10.

[2]) Entsch. d. RG. i. Zivils., Bd. 66 S. 361; Bd.. 68 S. 356 und neuerdings Entsch. d. 6. Senats v. 21. Juni 1909 abgedruckt i. Recht Nr. 16/17, Beil. Nr. 2380 u. 2381.

Hiernach kann, wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die vertretbaren Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen. Es ist hier zur Begründung des Darlehns lediglich die genannte Vereinbarung erforderlich, und zwar aus dem Grunde, weil die Hingabe ersetzt ist durch eine andere Schuld und deshalb die res, die körperliche Übergabe, nicht mehr erforderlich ist, vielmehr der consensus, die Einigung, genügt. Es wird durch die einfache Vereinbarung an die Stelle des ursprünglichen Schuldgrundes ein anderer gesetzt.

II. Der contractus mohatrae im besonderen.

1. Die rechtliche Konstruktion.

a. Der contractus mohatrae als Darlehnsvorvertrag.

Nachdem im allgemeinen das Zustandekommen des Darlehnsvertrages und des aus dem Darlehnsvorvertrage sich entwickelnden Darlehns erörtert ist, kann auf den contractus mohatrae im einzelnen eingegangen werden. Nehmen wir unsern Regelfall zur Hand und unterziehen ihn einer Prüfung:

N bittet den G um ein Darlehn von 100 M. Er befindet sich in Geldverlegenheit und möchte gern von G ein Darlehn von 100 M. haben. Seine Bitte enspricht also seinem Interesse und seinem Willen. Dieser ist darauf gerichtet, von G ein Darlehn von 100 M. zu bekommen.

G zeigt dem N eine Vase im Werte von 100 M. und erklärt ihm: „Ich will Dir die Vase geben. Diese verkaufst Du, um Dir auf diese Weise Geld zu verschaffen, den Erlös schuldest Du mir dann als Darlehn und verzinst ihn mit 4%“. Aus dieser Erklärung geht zur Genüge hervor, daß der für das Geschäft maßgebende Wille des G darauf gerichtet ist, dem N das verlangte Darlehn zu gewähren. In der Erklärung liegt das Versprechen des Darlehns. Dieses ist, da G kein bares Geld zur Hand

hat, oder aus irgend einem andern Grunde, vielleicht dem, auf diese Weise die Vase zu 100 M. loszuwerden, in das Versprechen der Übergabe der Vase zum Verkauf eingekleidet. Man hat keine Veranlassung, dieses Versprechen anders als ein solches auf die direkte Hingabe der Darlehnssumme aufzufassen. Es liegt, da N dies Versprechen und damit die ihm von G mit der erwähnten Erklärung gemachte Offerte annimmt, ein pactum de mutuo dando vor, denn der wirtschaftliche Erfolg ist in beiden Fällen derselbe. N erhält eine Forderung auf die Gewährung eines Darlehns, nur richtet sich in dem einen Falle der obligatorische Anspruch auf die Übergabe der Darlehnssumme selbst, in dem anderen auf die Übergabe der Vase, damit er sich aus dem Verkaufe der Vase erst die Darlehnssumme verschaffe. In jedem Falle ist also G durch den Vertrag zur Darlehnshingabe an N verpflichtet.

Fraglich kann es sein, ob auch N zur Annahme des Darlehns verpflichtet sein soll. Auch hierfür ist der Wille der Parteien maßgebend. Ich möchte annehmen, daß in der Regel dieser Wille bei Vertragsabschluß vorhanden sein wird: Der Wille des Darlehnssuchers N ist bei seiner Bitte um das Darlehn darauf gerichtet, das Darlehn zu bekommen. Hat er aber diesen Willen, dann würde es widersinnig sein, wenn man annehmen wollte, daß sein Wille nicht auch darauf gerichtet ist, das Darlehn auch wirklich zu nehmen und zur Hinnahme des Darlehns verpflichtet zu sein.

Auf der anderen Seite hat auch der Darlehnsgeber G ein Interesse daran, daß N das Darlehn wirklich nehme, denn er soll, wie in der Regel als vereinbart anzunehmen ist, sein Dahrlehn verzinst bekommen. Auch wird beim contractus mohatrae insofern immer ein Interesse des G anzunehmen sein, als er dem N einen Gegenstand geben wird, an dessen Verkauf ihm gelegen ist. Dadurch, daß N sich zum Verkaufe bereit erklärt, wird er der Mühe, einen Käufer zu suchen, überhoben. Demnach wird seinem

Interesse entsprechend auch sein Wille auf die Verpflichtung der Annahme des Darlehns durch N gerichtet sein.

Auch Planck[1]) und Enneccerus[2]) nehmen im Zweifel bei dem Versprechen eines verzinslichen Darlehns an, daß der Versprechensempfänger immer auch zur Annahme verpflichtet sein soll.[3]) Regelsberger[4]) will sogar eine Pflicht zur Abnahme als Bestandteil der Vereinbarung betrachtet wissen, auch wenn mit der Abnahme sonstige Vorteile nicht verknüpft sind.

Somit liegt, wenn man von den anderen Vereinbarungen der Parteien absieht, in der Regel beim contractus mohatrae ein gegenseitiger Vertrag auf das Geben und Nehmen eines Darlehns, also ein pactum de mutuo dando et accipiendo in dem oben erörterten Sinne vor. Die Ansprüche beider Parteien aus diesem Vertrage gehen in letzter Linie auf den Abschluß des Darlehnsvertrages und hierzu sind die Parteien obligatorisch verpflichtet. Der geschlossene Vertrag ist noch nicht der Darlehnsvertrag selbst, vielmehr kann letzterer erst mit der Erfüllung des Vorvertrages nach den allgemeinen oben für das Darlehn festgestellten Grundsätzen zustande kommen.

Die hier dargelegte Ansicht, den contractus mohatrae als Vorvertrag zu einem später abzuschließenden Darlehnsvertrage aufzufassen, ist in der Literatur auch von Dernburg[5]) vertreten, indem er ausführt, „im Rechtssinne liege zunächst ein Vorvertrag über ein Dahrlehn vor".

Ausdrücklich abgelehnt ist die hier vertretene Annahme des contractus mohatrae als Darlehnsvorvertrag von v. Schey,[6]) obwohl dieser im übrigen die Realkontraktstheorie vertritt, und im Anschluß an ihn von Hohenstein[7])

---

[1]) Planck, Bd. 2 Vorbem. V 1 b zu § 607.
[2]) Enneccerus, Bd. 1 [2] § 364 S. 376.
[3]) Vgl. auch Oertmann, Bd. 2 Erl. 1 b zu § 610 und Vorbem. 3 b zu § 598.
[4]) Regelsberger, Iher. Jahrb. Bd. 52 S. 414.
[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 [2] § 234 S. 243, 244.
[6]) v. Schey, § 10 S. 82, 83 und Anm. 25 S. 83.
[7]) Hohenstein, S. 111.

und Friedmann.[1]) v. Schey führt als Grund an, daß der Darleiher eben schon gegeben habe, und meint weiter, daß eine solche Auffassung der Absicht der Kontrahenten wenig entsprechen würde. Der letztere Grund ist bereits zur Genüge widerlegt und gezeigt, daß gerade die Parteiabsicht zu einer solchen Auffassung des contractus mohatrae drängt. Aber auch der erste Grund beruht auf einem Irrtum. Bei Abschluß des Vertrages hat der Darlehnsgeber noch nicht gegeben, durch den Vertrag wird vielmehr erst seine Pflicht zur Hingabe der Sache festgestellt. Der Vertrag ist ein reiner Konsensualvertrag. Wenn v. Schey annimmt, der Darleiher habe schon gegeben, so kann er zu dieser Annahme nur durch die irrige Vorstellung gelangen, der contractus mohatrae sei auch wieder ein Realvertrag, komme also erst durch Hingabe und Annahme der Sache zum Verkauf zur Entstehung. Eine solche Annahme aber wäre durch nichts begründet.

Allerdings muß man die durch den Konsensualvertrag übernommene Verpflichtung des G als eine Vorleistungspflicht ansehen, denn die weitere Erfüllung des Vertrages hängt in erster Linie davon ab, daß dem N auch die Vase zum Verkauf übergeben wird. Erst dann ist dem N die Möglichkeit gegeben, sich wirksam um einen Käufer zu bemühen, den Verkauf auszuführen und nach erfolgtem Verkaufe dem Käufer die Vase zu übergeben und den Erlös einzuziehen. Aber die Übergabe der Vase ist nicht schon überhaupt zum Vertragsabschluß notwendig, wenn sie auch zugleich damit übergeben werden kann.

b. Der contractus mohatrae als auftragsähnliches Rechtsverhältnis.

α. Die Ermächtigung.

Es bedarf nunmehr die Frage einer Prüfung, als was sich die im contractus mohatrae liegende Vereinbarung, daß

[1]) Friedmann, S. 24.

der Darlehnsnehmer N die Vase verkaufen soll, um den Erlös als Darlehn zu bekommen, rechtlich darstellt.

Auch bezüglich dieser Frage sind in der Literatur die verschiedensten Ansichten vertreten, indes kann man als die herrschende bezeichnen, daß zunächst eine Ermächtigung des Darlehnsempfängers zum Verkauf der Sache vorliege.[1]) Hier haben die Schriftsteller einen Ausdruck gewählt, der in der Rechtswissenschaft nichts weniger als klar ist.[2]) Sogar im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst finden wir den Ausdruck in verschiedener Bedeutung gebraucht.

In den meisten Fällen soll die Ermächtigung ein lediglich im Interesse des Ermächtigten, nicht aber auch des Ermächtigenden, jenem gegebenes Recht oder Befugnis zur Vornahme einer Handlung bedeuten, zu der der Ermächtigte im allgemeinen allein nicht berechtigt ist. Der Ausdruck Ermächtigung wird hier gebraucht zum Unterschied von Vollmacht. Die letztere ist bestimmt, die Rechtsverhältnisse des Vollmachtgebers Dritten gegenüber zu ordnen, die Ermächtigung aber betrifft die Rechtsverhältnisse des Ermächtigten und gibt ihm die eigentlich dem Ermächtigenden zustehende Macht, seine Rechtsverhältnisse selbst zu ordnen.

In diesem Sinne hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „Ermächtigung“ angewandt in den §§ 112, wonach durch die mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts von dem gesetzlichen Vertreter dem Minderjährigen erteilte Ermächtigung diesem das Recht gegeben wird, ein selbständiges Erwerbsgeschäft zu betreiben, und er befähigt sein soll, alle solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt abschließen zu können, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, und in dem § 113, wonach der minderjährige durch die Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters, in Dienst

[1]) So Örtmann, Bd. 2 Erl. 2 b zu § 607; Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607; v. Schey, § 10 S. 83; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 [2] § 234 S. 244; Enneccerus, Bd. 1 [2] § 362 S. 373.

[2]) Vgl. besonders Schloßmann, Stellvertretung § 27 S. 294 ff.

oder Arbeit zu gehen, für alle solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig wird, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses betreffen.

In ganz ähnlichem Sinne ist der Ausdruck „Ermächtigung“ angewandt in den §§ 1321, 1358 und 1825 BGB., nur ist hier der Ermächtigende eine Behörde. Nach § 1321 darf auf Grund einer schriftlichen Ermächtigung des zuständigen Standesbeamten die Ehe auch vor dem Standesbeamten eines anderen Bezirks geschlossen werden; nach § 1358 darf der Ehemann ein von seiner Frau eingegangenes Dienstverhältnis auf Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen; schließlich kann nach § 1825 das Vormundschaftsgericht dem Vormunde zu Rechtsgeschäften, zu denen er der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Gerichts bedarf, eine allgemeine Ermächtigung erteilen.

Daneben hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck aber auch im Sinne von Vollmacht oder Bevollmächtigung gebraucht. Wenn es in § 370 heißt:

„Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen . . . . . .“,

so liegt hier der Empfang, zu dem die Ermächtigung erteilt ist, nicht in dem Interesse des Ermächtigten sondern lediglich dem des Gläubigers, der die Quittung ausgestellt hat. Also ist hier die Ermächtigung dem Überbringer erteilt, um ein Geschäft des Ermächtigenden zu besorgen, und steht damit der Vollmachtserteilung gleich.

Es ist fraglich, ob eine dieser beiden im Gesetz erwähnten Arten von Ermächtigungen beim contractus mohatrae vorliegt. Der Fall, daß die Ermächtigung ein lediglich im Interesse des Darlehnsnehmers N diesem gegebenes Recht oder Befugnis ist, die Vase zu verkaufen, scheidet hier von vornherein aus, denn, wie bereits ausgeführt ist, hat in der Regel auch der Darlehnsgeber G ein Interesse an dem Verkaufe der Vase. Aber auch im reinen Sinne der Vollmacht kann hier der Ausdruck nicht

gebraucht sein, denn die Ermächtigung ist hier nicht bestimmt, die Rechtsverhältnisse des Vollmachtgebers Dritten gegenüber zu ordnen, sondern hat noch vielmehr ein Geschäft des Bevollmächtigten zum Gegenstande insofern, als N den Verkauf vornehmen will und muß, um sich die Darlehnsvaluta zu verschaffen.

Die Schriftsteller haben sich auch selbst nicht klar darüber ausgesprochen, in welchem Sinne sie die Ermächtigung hier angewandt wissen wollen. v. Schey [1]) und Dernburg [2]) sprechen beim contractus mohatrae von einer unwiderruflichen Ermächtigung. Damit würde neben die beiden im Gesetz vorkommenden Arten der Ermächtigung noch eine dritte hinzutreten, denn die beiden oben behandelten Ermächtigungen sind jederzeit widerruflich. Außerdem ist gar nicht klar, ob die Ermächtigung das Innen- oder Außenverhältnis der Parteien betrifft. So scheint Dernburg durch seine Bezugnahme auf § 168 BGB. das Außenverhältnis bezeichnen und sagen zu wollen, daß sich aus dem der Erteilung der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, hier dem Vorvertrage, die Unwiderruflichkeit ergebe. Er setzt also Ermächtigung der Vollmacht gleich, schweigt aber von dem Innenverhältnisse, worauf es bei der rechtlichen Konstruktion des contractus mohatrae gerade ankommt. Der Ausdruck „Ermächtigung" ist unbedingt abzulehnen, weil er zu indifferent ist, und zur Klärung des beim contractus mohatrae zwischen den Parteien vorliegenden Rechtsverhältnisses wenig beiträgt.

β. Die Gegenüberstellung der Ermächtigung mit dem Auftrag.

Einige Schriftsteller, insbesondere v. Schey [3]) und

[1]) v. Schey, § 10 S. 83.
[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 [2] § 234 S. 244.
[3]) v. Schey, § 10 Anm. 26 S. 83.

Planck,[1]) aber auch Staudinger[2]) und Enneccerus[3]) stellen beim contractus mohatrae ausdrücklich der Ermächtigung den Auftrag gegenüber und bezeichnen mit der ersteren lediglich die Berechtigung, mit der letzteren aber auch die Verpflichtung des Empfängers zum Verkauf der Sache. Diese Gegenüberstellung hat gewisse Berechtigung, denn, wie oben ausgeführt ist, wird durch die Ermächtigung dem Ermächtigten im allgemeinen lediglich die Macht zum Verkaufe gegeben, durch die Annahme des Auftrags aber wird ihm auch die Verpflichtung zur Austührung des Auftrags auferlegt. Diese Schriftsteller scheinen auch mit der Ermächtigung das Innenverhältnis der Parteien bezeichnen zu wollen. v. Schey lehnt für alle Fälle das Vorliegen eines Mandatsverhältnisses ab, weil dieses widerruflich sein würde und nimmt, wie erwähnt, eine unwiderrufliche Ermächtigung an. Planck dagegen erklärt m. E. mit Recht, es entscheide die Vereinbarung der Parteien, ob lediglich eine Berechtigung oder auch eine Verpflichtung zum Verkaufe statuiert sein solle. Will er jedoch im Zweifel nur das erstere annehmen, so tut er dies m. E. mit Unrecht. Man muß dem Auftrage den Vorzug geben, denn, wie bereits wiederholt hervorgehoben ist, haben im allgemeinen sowohl G wie N ein Interesse an dem Zustandekommen des Darlehns in der verabredeten Weise, also auch an dem Verkaufe der Vase. Haben sie aber dieses, dann ist bei Abschluß des Vertrages auch ihr Wille auf den Verkauf durch N gerichtet, und ist dieses der Fall, dann liegt es auch in ihrer Absicht, dem N die Verpflichtung zum Verkaufe auferlegen zu wollen und hat dieser Wille ihrer Vereinbarung zu Grunde gelegen.

Daß beim contractus mohatrae auch eine Verpflichtung zum Verkaufe in der Absicht der Parteien liegt, wird

[1]) Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607.
[2]) Staudinger, Bd. 2[b] Erl. II 3 c zu § 607.
[3]) Enneccerus, Bd. 1[2] § 362. S. 373.

für ein verzinsliches Darlehn auch von Staudinger[1]) angenommen: „Zur Annahme einer Verpflichtung wird man besonders dann gelangen können, wenn für das aus dem Erlöse sich bildende Darlehn eine Verzinsung der Summe ausbedungen wurde.“ Dieses ist als der Regelfall anzusehen. Somit liegt nach der Vereinbarung der Parteien, wenn man in dem dargelegten Sinne der Ermächtigung den Auftrag gegenüberstellt, nicht eine Ermächtigung, sondern ein Auftrag vor.

γ. Das Auftragsverhältnis.

Es bedarf der Prüfung, ob der im contractus mohatrae liegende Auftrag ein solcher im Sinne der §§ 662 ff. BGB. ist und ob diese Vorschriften auf ihn anwendbar sind.

Gemäß § 662 BGB. verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme des Auftrags, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Hiernach muß es sich, wenn ein Auftrag vorliegen soll, um eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung für einen anderen handeln.

Unzweifelhaft liegt in dem Verkaufe der Vase eine Geschäftsbesorgung, und zwar eine solche rechtlicher Art. Auch die Unentgeltlichkeit kann man ohne weiteres annehmen, denn N soll den ganzen Erlös aus dem Verkaufe als Darlehn schulden und eine besondere Vergütung für den Kauf ist ihm nicht zugesagt.

Zweifelhaft kann nur sein, ob es sich beim contractus mohatrae um eine Geschäftsbesorgung für den Auftraggeber, also ein fremdes Geschäft, handelt. Friedmann[2]) konstruiert so: Der Endzweck des Verkaufs gehe zwar dahin, dem N den zu erzielenden Kaufpreis als Darlehn zu belassen, aber an und für sich betrachtet, geschehe der Verkauf ebenso im Interesse des G, da dieser sich dadurch das dem N als Darlehn zu gewährende Geld zu verschaffen suche. Insofern erfolge der Verkaufsauftrag und

[1]) Staudinger, Bd. 2 b Erl. II 3 c zu § 607.
[2]) Friedmann, S. 24, 25.

die Ausführung des Auftrags sowohl im Interesse des Auftraggebers wie des Beauftragten. Dies ist richtig und es ist bereits wiederholt darauf hingewiesen. Aus diesem mitwirkenden Interesse beider Parteien entnimmt Friedmann, daß man von einem fremden Geschäft im Sinne des § 662 BGB. sprechen könne, eine Konstruktion, die zutreffend ist, und zwar aus folgender Erwägung:

Wie im römischen Rechte kann man auch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch den Unterschied machen zwischen dem mandatum mea gratia im Interesse des Auftraggebers (§§ 662 bis 674) und dem mandatum tua gratia im Interesse des Beauftragten (§ 676). Der letztere Fall betrifft die Erteilung eines Rates und ist, wenn nicht ein Vertragsverhältnis oder unerlaubte Handlung vorliegt, unverbindlich. Dies ist kein Auftrag mehr, es entsteht daraus keine Verpflichtung zur Ausführung des Rates. Er ist lediglich zu Gunsten des Beratenen erteilt. Daneben lassen sich Fälle denken, wo auch die Ausführung eines richtigen Auftrags im mitwirkenden und vorzugsweisen Interesse des Beauftragten liegt.[1]) Ein solcher Fall ist der contractus mohatrae. Es liegt demnach bei ihm ein mandatum mea et tua gratia vor. Da, wie gezeigt ist, jedenfalls nach der Parteiabsicht bei Abschluß des Vertrages der Beauftragte die Verpflichtung zur Ausführung des Auftrags haben soll, überwiegt insofern das Interesse des Auftraggebers und damit das mandatum mea gratia, so daß man das nach dem contractus mohatrae von N zu besorgende Geschäft auch als ein solches des G und damit als ein fremdes ansehen kann.

Somit sind die Voraussetzungen des § 662 BGB. erfüllt und es müßten an sich alle für den Auftrag geltenden Vorschriften auf den contractus mohatrae zur Anwendung gelangen. Indes bedarf dieser Satz einer erheblichen Einschränkung.

[1]) Vgl. Reatz, S. 309 Nr. 66.

δ. Die Verbindung des Auftragsverhältnisses mit dem Darlehnsvorvertrage.

Wie ausgeführt ist, liegt beim contractus mohatrae in erster Linie ein Vorvertrag zu einem später abzuschließenden Dahrlehnsvertrage vor. Mit diesem gegenseitigen Vorvertrage sind die Bestimmungen des Auftrags in Einklang zu bringen und können nur insoweit zur Anwendung gelangen, als die Pflichten aus dem Vorvertrage nicht entgegenstehen. Das im contractus mohatrae liegende Auftragsverhältnis ist also mit dem Vorvertrage derart in Verbindung zu bringen, daß es ein Bestandteil des Vorvertrages wird.

Damit fällt vor allen Dingen die Anwendung der Vorschriften über das Erlöschen des Auftrags fort, denn der Vorvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag und die Pflichten aus ihm erlöschen weder durch den Tod der einen noch der anderen Partei, sondern gehen im vollen Umfange auf die Erben über. Sie können nur durch eine Vereinbarung beider Parteien aufgehoben werden.

Aus dem gleichen Grunde kann auch § 671 BGB. über den jederzeitigen Widerruf des Auftraggebers und die jederzeitige Kündigung des Beauftragten nicht zur Anwendung kommen, denn in dem Widerrufe oder der Kündigung würde ein einseitiger Rücktritt von dem gegenseitigen Vertrage liegen. Es liegt also bei Abschluß des Vertrages in der Absicht der Parteien, daß der Widerruf seitens des Auftraggebers und die Kündigung seitens des Beauftragten ausgeschlossen sein soll, sie also darauf verzichten. Bezüglich der Möglichkeit des Verzichts auf das Kündigungsrecht liegen keine Bedenken vor, da § 671 Abs. 3 selbst von dem Falle des Verzichts auf das Kündigungsrecht spricht.[1]) Wohl aber können bezüglich der Möglichkeit des Verzichts auf das Widerrufsrecht Bedenken

[1]) Friedmann S. 25 will auch beim contractus mohatrae das jederzeitige Kündigungsrecht des Darlehnsnehmers zur Anwendung bringen. Dies widerspricht dem Wesen des contractus mohatrae.

eintreten, denn nach der herrschenden Ansicht ist ein solcher Verzicht als dem Wesen des Auftrags widersprechend für unzulässig erklärt.[1]) Ob diese Ansicht jedoch die richtige ist, oder vielmehr der anderen Ansicht, daß ein Verzicht insbesondere für den Fall des mitwirkenden Interesses des Beauftragten an der Ausführung des Auftrags zulässig ist, der Vorzug zu geben ist, mag dahingestellt bleiben aus folgender Erwägung:

Wenn bei dem hier vorliegenden Auftrag ein mandatum mea et tua gratia vorliegt, so gleicht er insofern einem Dienstvertrag oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, denn auch bei diesen Verträgen liegt die Ausführung des Auftrags sowohl im Interesse des Auftraggebers wie des Beauftragten, da dieser ein Entgelt für die Ausführung bekommt. Insofern liegen dem contractus mohatrae und diesem Dienst- oder Werkvertrag die gleichen Tatbestände zu Grunde. Deshalb braucht man keine Bedenken zu tragen, den für solchen Dienst- oder Werkvertrag gegebenen § 675 BGB. analog zur Anwendung zu bringen. Hiernach aber finden alle Vorschriften des Auftrags mit Ausnahme des § 664, wonach der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen darf, und des hier in Betracht kommenden § 671 entsprechende Anwendung. So sind auch alle diese Vorschriften mit den festgestellten Ausnahmen auf das im contractus mohatrae liegende Rechtsverhältnis zur Anwendung zu bringen.

Demnach bleiben von den Vorschriften über den Auftrag nur noch diejenigen über die Rechte und Pflichten der Vertragschließenden anwendbar. Hiervon wird insbesondere § 665 BGB. wiederholt zur Anwendung gelangen insofern, als fast immer der Darlehnsgeber dem anderen

[1]) Örtmann, Bd. 2 Erl. 1 a zu § 671; Planck, Bd. 2 Erl. 3 c zu § 671; Staudinger, Bd. 2[b] Erl. 6 a zu § 671; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2[2] § 298 Anm. 1 S. 427; Windscheid-Kipp, Bd. 2 § 411 S. 806; anders Enneccerus, Bd. 1[2] § 383 S. 430.

Teile eine Weisung derart erteilen wird, den übergebenen Gegenstand nicht unter einem bestimmten Preise zu verkaufen.

c. Das Ergebnis.

Faßt man die gemachten Ausführungen zusammen, so ergibt sich folgendes:

Beim contractus mohatrae liegt in erster Linie ein gegenseitiger Vorvertrag zu einem später abzuschließenden Darlehnsvertrage und in zweiter Linie ein mit diesem Vorvertrage verbundenes auftragsähnliches Rechtsverhältnis vor. Die Verbindung läßt sich so erklären, daß in der auftragsähnlichen Vereinbarung eine Nebenabrede über die Art der Ausführung des Vorvertrages liegt.

Aus diesem gegenseitigen Vertragsverhältnis ergeben sich in unserem Regelfalle für die Parteien folgende Verpflichtungen:

G ist verpflichtet, dem N die Vase zum Verkaufe zu übergeben und mit ihm durch Überlassung des aus dem Verkaufe erzielten Erlöses einen Darlehnsvertrag abzuschließen.

N ist verpflichtet, die ihm von G übergebene Vase zu verkaufen, den Erlös einzuziehen und mit G einen Darlehnsvertrag dahingehend abzuschließen, daß er den erzielten Erlös als Darlehn behalte und mit 4% verzinse.

G ist mit der Übergabe der Vase vorleistungspflichtig.

d. Die in der Literatur vertretenen Konstruktionen.

Nachdem somit die rechtliche Konstruktion des contractus mohatrae nach der Ansicht des Verfassers festgestellt ist, soll nunmehr auf die in der Literatur vertretenen Konstruktionen eingegangen werden.

α. Der contractus mohatrae als aufschiebend bedingtes Darlehn.

v. Schey[1]) ist der Ansicht, der contractus mohatrae „erscheine als suspensiv bedingtes Darlehn (des für das

[1]) v. Schey, § 10 S. 83.

Hingegebene zu erzielenden Erlöses) verbunden mit der unwiderruflichen Ermächtigung zur Verwertung des Hingegebenen in der verabredeten Weise". Ebenso erklärt Planck,[1]) „es liege ein doppeltes Rechtsverhältnis vor, nämlich eine Ermächtigung, die Sache zu verkaufen, und ein durch die Ausführung des Verkaufs bedingter Darlehnsvertrag". Auch Hohenstein[2]) erscheint die Annahme eines suspensiv bedingten Darlehns als die natürlichste.

Da v. Schey und Planck den Standpunkt der Realkontraktstheorie vertreten und auch Hohenstein sie für diesen Satz zu Grunde gelegt hat, kann diese Ansicht, abgesehen davon, daß keine Ermächtigung, sondern ein auftragsähnliches Verhältnis vorliegt, nicht richtig sein. v. Schey[3]) sagt selbst: „Der Darlehnsvertrag wird erst perfekt, die Darlehnsschuld entsteht erst mit dem Eingang des Erlöses für die empfangene Sache und in dessen Höhe" und Planck[4]): „Das Darlehn gilt als empfangen in dem Augenblick, wo der Darlehnsnehmer die Forderung aus dem von ihm vorgenommenen Verkaufe erwirbt". Der Darlehnsvertrag wird also nach der Ansicht v. Schey's erst mit dem Eingang des Erlöses, nach der Ansicht Plancks erst mit dem Erwerbe der Forderung aus dem Verkaufe perfekt. Er hat bis dahin noch nicht bestanden. Würde man einen suspensiv bedingten Darlehnsvertrag annehmen, so müßte der Vertrag bereits fest abgeschlossen sein, und nur die beabsichtigte Wirkung des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts könnte hinausgeschoben und von dem Eintritt oder Erfüllung der Bedingung abhängig gemacht sein. Bei dem contractus mohatrae aber wird nach der Realkontraktstheorie überhaupt erst der Vertrag mit dem Augenblick abgeschlossen, wo das von v. Schey und Planck als Bedingung bezeichnete Moment erfüllt wird. Man könnte hier nur von einer conditio

[1]) **Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607.**
[2]) **Hohenstein, S. 111.**
[3]) **v. Schey, § 10 S. 82.**
[4]) **Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607.**

juris sprechen, da nach von v. Schey der Eingang des Erlöses, nach Planck der Erwerb der Forderung aus dem Verkaufe zum Zustandekommen des Darlehns erforderlich, also selbstverständliche Voraussetzung der Rechtswirksamkeit des Darlehns ist. Eine solche aber ist keine wirkliche Bedingung.

Auf den Irrtum hat auch bereits Adler[1]) den Ausführungen v. Schey's gegenüber hingewiesen. Er führt als Beispiel an, man könne ebensogut einen Wechsel, dem ein wesentliches Erfordernis fehle, einen suspensiv bedingten Wechsel nennen.

Wenn v. Schey und Planck den contractus mohatrae so aufgefaßt wissen wollen, daß der Darlehnsrealvertrag bereits durch die Hingabe der Sache zustande komme, aber bedingt sei durch den Eingang des Erlöses bezw. den Erwerb der Forderung, so ist in Anbetracht der von beiden aufgestellten bereits erwähnten Sätze über das Perfektwerden des Darlehnsvertrages diese Annahme verfehlt.

Hohenstein schließt sich an v. Schey an und gibt keine nähere Begründung seiner Ansicht.

β. Der contractus mohatrae als Trödlervertrag.

Mit Unrecht ist auch besonders für das gemeine Recht die Ansicht vertreten, der contractus mohatrae sei als Trödlervertrag (contractus aestimatorius) aufzufassen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmungen über den Trödlervertrag, aber er ist nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit auch heute noch möglich. Die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrage richten sich nach den Parteivereinbarungen. Hiernach kann ein bedingter Kauf, Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag vorliegen. Man wird beim Vorkommen des Trödlervertrages immer auf die Bestimmungen des gemeinen Rechts zurückgreifen. Hiernach aber ist der contractus aestimatorius ein Vertrag, wonach

[1]) Adler, Anm. 16 S. 204.

jemand eine Sache einem anderen unter der Bestimmung eines Taxpreises überläßt mit der Vereinbarung, dem Geber entweder die Sache zurückzugeben, oder den Preis zu zahlen.

Von diesen Voraussetzungen fehlt beim contractus mohatrae vor allen Dingen die Bestimmung eines Taxpreises, die aestimatio. Diese aber ist ein wesentliches Erfordernis des Trödlervertrages.[1]) Auch steht es wegen der bindenden Kraft des contractus mohatrae als Darlehnsvorvertrag dem Nehmer der Sache nicht frei, diese zurückzugeben und dann seinen Vertragspflichten enthoben zu sein, vielmehr ist er verpflichtet, die Sache auch tatsächlich zu verkaufen und den Erlös als Darlehn zu behalten. Demnach erscheint es ausgeschlossen, den hier behandelten Fall des contractus mohatrae als Trödlervertrag aufzufassen.

γ. Der contractus mohatrae als Verkauf und Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld.

Noch eine Ansicht bedarf der Erwähnung, nämlich die, daß beim contractus mohatrae ein Verkauf der Sache an den Darlehnsempfänger und die Vereinbarung vorliege, daß das aus dem Kaufe geschuldete Geld als Darlehn geschuldet werden solle. Diese Ansicht ist von Endemann[2]) für den Regelfall vertreten, indem er ausführt: „Es ist zuzusehen, ob nicht in Wirklichkeit ein Verkauf vorliegt mit Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld". Auch Kuhlenbeck[3]) scheint dieser Ansicht den Vorzug zu geben, indem er sagt: „Auch die Verabredung, daß der Darlehnsnehmer die aus einem anderen Grunde geschuldeten Fungibilien als Darlehn

[1]) Brinz, Krit. Bl. Nr. 1 S. 18; Liebert, S. 12; Schneemann, S. 26.
[2]) Endemann, Bd. 1 § 184 Anm. 18 S. 1158.
[3]) Kuhlenbeck, BGB. Bd. 1 S. 412.

schulden solle, führt zu einem Darlehn (§ 607 Abs. 2 BGB.). Hierdurch erledigt sich auch der sogenannte contractus mohatrae".

Diese Ansicht ist abzulehnen aus folgenden Gründen:

αα. Die causa.

Beim Kaufe und der späteren Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld muß erst ein richtiger Kaufvertrag vorliegen. Die Absicht der Parteien muß hierauf gerichtet sein und der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts, die causa, der sein, daß der Verkäufer die Sache an den Käufer verkauft und dieser den Kaufpreis dafür zahlt. Es muß also zwischen den Parteien eine Einigung über den Gegenstand und den hierfür zu entrichtenden Kaufpreis zustande kommen.

Daß dies beim contractus mohatrae der Fall ist, muß unbedingt verneint werden. Es erfolgt allerdings eine Einigung über den Gegenstand, aber die Parteien denken nicht im geringsten daran, daß dieser Gegenstand dem Darlehnsnehmer verkauft werden solle, vielmehr ist ihre Absicht von vornherein darauf gerichtet, daß der Darlehnsnehmer den Gegenstand nur erhalten soll, um ihn seinerseits für den Darlehnsgeber zu verkaufen und sich dadurch die versprochene Darlehnssumme zu verschaffen. Die Parteien denken also in unserem Falle nur daran, dem N die Darlehnssumme zu verschaffen und zu diesem Zwecke die Sache an einen Dritten zu verkaufen, nie aber daran, die Vase bereits dem N zu verkaufen.

Vor allen Dingen fehlt es beim contractus mohatrae auch an einer Einigung über den Kaufpreis, zu dem N die Vase übernehmen soll. Es kann dem N wohl eine Grenze gesetzt werden, unter der er nicht verkaufen darf, z. B. die Vase nicht unter 100 M. zu verkaufen, hierin ist aber noch nicht eine Vereinbarung über den Kaufpreis zu erblicken, sondern nur eine Weisung für die Ausführung des dem N erteilten Auftrages. Er würde, wenn er die

Vase zu einem höheren Preise verkauft, dem G auch nicht das Limitum schulden, sondern den höheren Erlös.

Naturgemäß kann ein Verkauf und Umwandlung der Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld in der Absicht der Parteien liegen, und dies wird nach der herrschenden Ansicht regelmäßig der Fall sein, wenn die Sache sofort zu einem bestimmten Schätzungspreise an den Darlehnsnehmer übergeben wird mit der Vereinbarung, daß dieser Preis das Darlehn bilden solle.[1]) Das Darlehn kommt in diesem Falle sofort mit der Übergabe der Sache zustande, da in diesem Augenblick der Schätzungspreis geschuldet und damit nach der Vereinbarung das Darlehn zur Entstehung gelangt. Wie dieses Geschäft im einzelnen zu konstruieren ist, ist streitig, indes ist hierauf nicht einzugehen. Soviel aber ist klar, daß ein derartiger Vertrag ein ganz anderer ist, als der hier zu behandelnde Fall des contractus mohatrae. Es ist deshalb irrig, wenn Kuhlenbeck aus der Möglichkeit der Umwandlung einer Kaufpreisschuld in eine Darlehnsschuld gemäß § 607 Abs. 2 BGB. die Ansicht gewinnt, damit erledige sich auch der sogenannte contractus mohatrae.

ββ. Die Eigentumsverschaffung.

Abgesehen von der dem contractus mohatrae zu Grunde liegenden causa spricht auch der Umstand gegen die Konstruktion in einen Kauf- und Umwandlungsvertrag, daß hierbei gemäß § 433 BGB. der Darlehnsgeber neben der Übergabe der Sache auch zur Eigentumsverschaffung daran verpflichtet wird. G müßte mit der Übergabe der Vase an N diesem auch das Eigentum daran verschaffen. Damit würde im Falle des Konkurses des N die Vase in die Konkursmasse fallen und G lediglich eine einfache Konkursforderung haben. Dies dürfte kaum der Absicht

[1]) Oertmann, Bd. 2 Erl. 2c zu § 607; Planck, Bd. 2 Erl. 5 b γ zu § 607; Staudinger, Bd. 2b Erl. II 4 zu § 607; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2[2] § 234 S. 245; Crome, Bürgerl. Recht § 248 Anm. 22 S. 600.

der Parteien entsprechen, vielmehr geht diese dahin, daß N überhaupt niemals Eigentümer der Vase werden soll, sondern das Eigentum direkt von G auf den dritten Käufer übergehen soll. Dem G würde also noch nach der Übergabe der Vase an N die rei vindicatio zustehen, N würde nur, da G durch den obligatorischen Darlehnsvorvertrag und Auftrag gebunden ist, berechtigt sein, die Herausgabe zu verweigern. Auch v. Schey[1]) hebt ausdrücklich hervor, daß der Darlehnsgeber bis zur Veräußerung der Sache durch den Darlehnsnehmer ihr Eigentümer bleibt.

γγ. Die Gefahrtragung.

Schließlich würde bei der Annahme eines Kaufes gemäß § 446 BGB. die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache mit ihrer Übergabe auf den Darlehnsnehmer übergehen. Auch dieses würde der Absicht der Parteien wenig entsprechen, es würde hierin, wie die Motive[2]) sich ausdrücken, „eine mit allgemeinen Grundsätzen nicht harmonierende, durch ein praktisches Bedürfnis nicht gebotene Singularität" liegen. Natürlich können die Parteien vereinbaren, daß sofort mit der Übergabe der Sache auch die Gefahrtragung übergehen soll. Mangels solcher Vereinbarung aber müssen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, und zwar da dem contractus mohatrae ein auftragsähnliches Verhältnis zu Grunde liegt, die Grundsätze über den Auftrag.

In diesen für den Auftrag gegebenen Vorschriften ist die Gefahrtragung nicht ausdrücklich geregelt, es müssen also die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse zur Anwendung kommen.

Gemäß § 276 BGB. hat der Schuldner — hier aus dem Auftragsverhältnis, also der Darlehnsnehmer — Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Er würde demnach nur für

[1]) v. Schey, § 10 Anm. 19 S. 82.
[2]) Motive, Bd. 2 S. 308.

einen verschuldeten Untergang oder eine verschuldete Verschlechterung der Sache zu haften haben und trägt somit die Gefahr nicht, vielmehr hat diese der Darlehnsgeber zu tragen. Das entspricht auch dem Rechtsbewußtsein, denn es würde unbillig sein, dem Darlehnsnehmer, bevor er einen Nutzen oder Vorteil von der Sache hat, die Gefahr für Zufall aufzubürden.

Die hier vertretene Ansicht ist als die herrschende anzusehen.[1]) Planck legt dem Darlehnsgeber aus demselben Grunde wie der hier dargelegte die Gefahr auf und sagt, daß eine Pflicht für den Nehmer, die Gefahr zu tragen, weder aus der Ermächtigung noch aus dem Auftrage entspringe. Ebenso erklärt Oertmann, „der Geber trage die Gefahr, da man in der Verkaufsermächtiguug einen mandatsähnlichen Vorgang zu sehen habe, für den eine so scharfe Haftung prinzipwidrig wäre". Matthiass[2]) macht den Gefahrübergang auf den Darlehnsnehmer davon abhängig, daß das Eigentum auf ihn übergeht oder die Übergabe lediglich in seinem Interesse erfolge. Auch dieses steht mit der herrschenden Ansicht nicht im Widerspruche, denn, wie gezeigt ist, geht das Eigentum nicht auf den Darlehnsnehmer über, auch erfolgt die Übergabe nicht lediglich in seinem Interesse, vielmehr liegt in der Regel ebenso ein Interesse des Darlehnsgebers vor, sei es an dem Verkaufe der Sache oder an der späteren Zinspflicht des Darlehnsnehmers.

Wann nach römischem und gemeinem Rechte die Gefahr auf den Darlehnsnehmer überging, ist bestritten. Ulpian[3]) folgt der Ansicht des Nerva, nämlich, es sei ein großer Unterschied, ob der Darlehnsgeber die Sache zum Verkaufe gehabt habe, d. h. sie ohnehin habe verkaufen

[1]) Oertmann, Bd. 2 Erl. 2 zu § 607; Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607; Staudinger, Bd. 2 b Erl. II 3 b zu § 607; Schollmeyer, S. 87; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 ² § 234 S. 243; Enneccerus, Bd. 1 ² § 362 S. 373; v. Schey, § 10 S. 82.

[2]) Matthiass, Bd. 1 § 121 S. 321.

[3]) L. 11 D. de reb. cred. XII, 1.

wollen, oder ob er nicht die Absicht des Verkaufes gehabt habe und lediglich durch die Bitte des Darlehnsnehmers erst veranlaßt sei, sie diesem zum Verkaufe zu übergeben, damit er sich das Darlehn verschaffe. Im ersteren Falle soll die Gefahr von dem Darlehnsgeber getragen werden, im letzteren von dem Darlehnsempfänger, besonders, wenn es sich um ein unverzinsliches Darlehn handele. Hiernach läßt das römische Recht im allgemeinen das Interesse der einen oder anderen Partei entscheiden, was sich besonders aus dem letzten Zusatze ergibt. Diese Ansicht hat sich in gewisser Beziehung auch noch für das heutige Recht Matthiass zu eigen gemacht, wie oben gezeigt ist. Wenn Dernburg für das gemeine Recht in seinen Pandekten[1]) erklärt, „die Gefahr gehe in der Regel mit der Übergabe der Ware auf den Kreditsuchenden über, so daß im Falle ihres Unterganges oder ihrer Verschlechterung ihr Verkaufswert die Darlehnssumme bilde," so befindet er sich sowohl mit seiner Auffassung über den Gefahrübergang als auch besonders mit seiner Schlußfolgerung im Irrtum. Mit dem Untergang oder der Verschlechterung der Sache kann nie ohne weiteres der Verkaufswert die Darlehnssumme bilden, vielmehr könnte diese Summe höchstens als Schadensersatzforderung wegen zu vertretenter Unmöglichkeit der Leistung gefordert werden, denn ein Darlehn kann man nur als zustande gekommen ansehen, wenn der Darlehnsnehmer auch wirklich die Sache verkauft und den Erlös erhalten hat.

Fraglich könnte noch sein — dies mag hier eingefügt werden —, wer die Gefahr von dem Augenblick an trägt, wo der Darlehnssucher die Sache wirklich verkauft hat, ohne sie schon übergeben zu haben. Nach römischem Rechte ging nach dem Grundsatze: „Periculum est emptoris" die Gefahr sofort auf den Käufer über, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch dagegen erst mit der Übergabe der Sache.

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 235.

(§ 446). M. E. ist anzunehmen, daß auch bis zur Übergabe an den Käufer der Darlehnsgewährende die Gefahr trägt,[1]) denn das Auftragsverhältnis wird erst durch die Übergabe der Sache und Einziehung des Erlöses erledigt. Es liegt also kein Grund vor, vor Endigung des Auftragsverhältnisses von den erwähnten allgemeinen Bestimmungen über die Gefahrtragung abzuweichen und sie dem Darlehnsempfänger aufzuerlegen. Auch ist anzunehmen, daß, wenn das Eigentum direkt von dem Darlehnsgeber auf den Nehmer übergeht, es mit der Gefahrtragung sich ebenso verhält.

2. Das Zustandekommen des Darlehnsvertrages.

a. Die res.

Sehr wichtig und von großer praktischer Bedeutung ist die Entscheidung der Frage, wann beim contractus mohatrae das sich aus ihm entwickelnde Darlehn zustande kommt, der Darlehnsvertrag als abgeschlossen anzusehen ist. Es ist hierzu in erster Linie die res in dem zu Eingang dieser Abhandlung erläuterten Sinne erforderlich.

Schon im römischen und gemeinen Recht war wegen der Unklarheit der bereits erwähnten in Betracht kommenden Digestenstelle Ulpians[2]): „si vendideris, puto mutuam pecuniam factam“ streitig, in welchem Zeitpunkt das Darlehn als perfekt anzusehen und damit die Darlehnsklage gegeben ist, ob schon in dem Augenblick des Verkaufs oder erst in dem, wo der Darlehnsempfänger den Erlös in die Hand bekommt. Man hat sich im allgemeinen insbesondere durch Heranziehung anderer Digestenstellen dafür entschieden, daß zum Zustandekommen das Eingehen des Erlöses erforderlich ist, indem man das Hauptgewicht darauf legt, daß Ulpian „pecunia“ vorausgesetzt und unter pecunia hier nur der erzielte Erlös zu verstehen ist.

[1]) Ebenso Friedmann, S. 26.
[2]) L. 11 D. de reb. cred. XII 1.

Ulpian verlangt also nicht nur den Verkauf, sondern auch den Eingang des Erlöses zum Zustandekommen des Darlehnsvertrages.[1])

Auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist der Augenblick des Perfektwerdens des Darlehns streitig. Es sind drei Phasen denkbar[2]):

1. Es kommt zustande bereits durch die Übergabe der zu verkaufenden Sache an den Darlehnsnehmer.
2. Es entsteht mit dem Verkaufe der dem Darlehnsnehmer übergebenden Sache durch diesen.
3. Der Augenblick des Einganges des Erlöses für den verkauften Gegenstand ist für das Zustandekommen maßgebend.

Hohenstein[3]) ist der Ansicht, „welches Geschäft im einzelnen nach der Parteivereinbarung entstehe, sei eine quaestio facti." Dies ist nicht ganz zutreffend, denn die erste Ansicht ist auf alle Fälle abzulehnen.

Gemäß § 607 BGB. können Gegenstand des Darlehns nur Geld oder andere vertretbare Sachen sein. Es kann dahingestellt bleiben, ob im Einzelfalle beim contractus mohatrae die zu übergebende Sache eine vertretbare oder nicht vertretbare ist, denn die Parteivereinbarung geht auf keinen Fall dahin, daß „das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten ist", sondern dahin, daß der Erlös das Darlehn bilden soll. Also in unserem Falle ist die dem N übergebene Vase nur ein Mittel, um sich die Darlehnssumme zu verschaffen, die Darlehnsumme selbst soll erst der Erlös sein. Damit ist beim contractus mohatrae der Fall, daß „das Gegebene sofort als Repräsentant eines bestimmten Kapitals" dienen soll, wie Hohenstein sich ausdrückt, ausgeschlossen. Auch würde bei dieser Annahme sofort mit der Übergabe der Sache das Eigentum daran auf den Darlehnsempfänger

[1]) Vgl. Alexander, S. 54, 55; Friedmann S. 9—12.
[2]) Hohenstein S. 109; Alexander, S. 52.
[3]) Hohenstein, S. 110.

übergehen müssen, was, wie gezeigt, nicht der Absicht der Partei entspricht.

Somit bleiben nur die beiden anderen Möglichkeiten des Zeitpunktes des Darlehnsvertragsabschlusses, entweder, daß das Darlehn bereits mit dem Verkaufe der Sache oder erst mit dem Eingange des Erlöses zustande kommt. Planck[1]) sagt hierüber: „Ob das Darlehn in dem Zeitpunkt als empfangen gelten soll, in welchem der zum Verkauf Ermächtigte durch den Abschluß des Kaufes die Forderung aus dem Kaufpreise gegen den Käufer erlangt hat, oder ob ein späterer Zeitpunkt, insbesondere der Zeitpunkt maßgebend sein soll, in welchem der Ermächtigte Eigentümer des gezahlten Kaufpreises geworden ist, hängt von der unter den Parteien getroffenen Vereinbarung ab. Im Zweifel wird das erstere anzunehmen sein". Er will also im Zweifel den Erwerb der Forderung aus dem Kaufvertrage für das Entstehen des Darlehns maßgebend sein lassen. Diese Ansicht ist abzulehnen.

Nach der realkontraktlichen Natur des Darlehnsververtrages setzt dieser den Empfang des Geldes oder der anderen vertretbaren Sachen voraus, d. h. der Empfänger soll Eigentümer des Darlehnsgegenstandes geworden und in die Lage versetzt sein, über die Darlehnssumme zu verfügen. In diese Lage aber gelangt er erst und Eigentum geht erst auf ihn über, wenn er den Erlös tatsächlich in Händen hat, nicht schon, wenn er erst die Forderung erworben hat. Besteht doch immer noch die Möglichkeit, daß die Forderung nicht beglichen wird. Konsequenterweise müßte nach der Ansicht Plancks auch in diesem Falle, also wo der Darlehnsempfänger die Valuta nie bekommt, somit ohne res, der Darlehnsvertrag als zustandegekommen angesehen werden.

Auch erfordert das Darlehn als Realkontrakt, daß der Empfänger den Darlehnsgegenstand übergeben erhält.

[1]) Planck, Bd. 2 Erl. 5 b β zu § 607.

Dies liegt in der zum Zustandekommen des Vertrages erforderlichen res. Als Darlehnsgegenstand aber ist hier der Erlös anzusehen, nicht schon die Forderung. Eine solche kann bei einem Realkontrakte nie die res bilden, vielmehr muß dies immer eine körperliche Sache sein. Sie soll doch gemäß § 607 BGB. in Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückerstattet werden. Dies würde bei einer Forderung kaum möglich sein, denn sie ist keine Sache.

Noch aus einem anderen Gesichtspunkte kann das Darlehn frühestens mit dem Eingange des Erlöses als zustande gekommen angesehen werden. Wie erörtert ist, ist der contractus mohatrae ein Darlehnsvorvertrag in Verbindung mit einem auftragsähnlichen Rechtsverhältnis. Der Auftrag ist die Art der Erledigung des Vorvertrages. Zur Erfüllung des Auftrags aber gehört nicht nur der Verkauf der Sache, sondern auch die Einziehung des Erlöses. Ist dieses aber eine Pflicht aus dem Auftrage und damit dem Vorvertrage, so kann dieser erst ganz erfüllt sein, wenn der Darlehnsnehmer auch dieser Pflicht nachgekommen ist. Da aber von dem Zustandekommen des Hauptvertrages erst die Rede sein kann nach der vollständigen Erfüllung des auf ihn abzielenden Vorvertrages, so kann man beim contractus mohatrae auch den Darlehnsvertrag erst als perfekt ansehen, wenn der Erlös eingegangen ist.

Ferner ist nicht unerwähnt zu lassen, daß sich die Möglichkeit der Darlehnsbegründung durch den contractus mohatrae daraus erklärt, daß man die Hingabe des von dem Empfänger eingezogenen Erlöses an den Darlehnsgeber und die sofortige Rückgabe durch diese fingiert. Eine solche Fiktion ist aber nur möglich, wenn der Empfänger bereits den Erlös tatsächlich empfangen hat.[1])

Endlich geht beim contractus mohatrae die getroffene Vertragsvereinbarung dahin, daß der Erlös das Darlehn

[1]) Alexander, S. 51.

bilden solle, nicht schon die aus dem Verkaufe erworbene Forderung. Auch dieses spricht dafür, daß das Darlehn erst mit dem Eingange des Erlöses als zustande gekommen anzusehen ist.

Die hier aufgestellte Ansicht ist die bei weitem herrschende. Sie ist vertreten von Oertmann,[1]) Staudinger,[2]) Dernburg,[3]) Enneccerus,[4]) Matthiass,[5]) v. Schey[6]) und Alexander.[7]) Auch die Motive[8]) sprechen sich dahin aus, daß das Darlehn erst abgeschlossen ist mit dem Empfange des Erlöses.

In diesem Sinne ist ferner in früheren Gesetzbüchern der contractus mohatrae geregelt.[9]) So sagt das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen in § 1073: „Übergibt der Darleiher dem Borger eine Sache, damit er sie verkaufe und den Kaufpreis als Darlehn behalte, so trägt der Borger von der Übergabe an die Gefahr der Sache,[10]) ein Darlehn entsteht aber erst, wenn er den Kaufpreis erhält". Ebenso sagt der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern in Teil II Art. 622: „Hat der Darleiher dem Anleiher eine Sache zum Verkauf mit der Ermächtigung übergeben, den Verkaufspreis als Darlehn zu behalten, so gilt das Darlehn erst dann als gegeben, wenn der Anleiher den Kaufpreis erhalten hat, und zwar auf den Betrag des letzteren".

b. Der consensus.

Es kann zu Zweifeln Anlaß geben, wann und in welcher Art die auch bei dem aus dem contractus mo-

[1]) Oertmann, Bd. 2 Erl. 2 zu § 607.
[2]) Staudinger, Bd. 2 b Erl. II 3 a zu § 607.
[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 [2] § 334 S. 243.
[4]) Enneccerus, Bd. 1 § 362 S. 373.
[5]) Matthiass, Bd. 1 § 121 S. 321.
[6]) v. Schey, § 10 S. 82.
[7]) Alexander, S. 53.
[8]) Motive, Bd. 2 S. 308.
[9]) Vgl. Hohenstein, S. 112 113.
[10]) Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht.

hatrae entstehenden Darlehn erforderliche Einigung der Parteien, daß der eingegangene Erlös ein Darlehn bilden soll, erfolgt. Bei dem aus einem gewöhnlichen Darlehnsvorvertrage entstehenden Darlehn erfolgt, wie ausgeführt ist, die Einigung über den Eigentumsübergang und die Rückgabepflicht meist stillschweigend mit der Hingabe und Annahme. In dem Geben und Nehmen der Darlehnssumme liegt die Einigung, ein Darlehn begründen zu wollen, wie es bei Abschluß des Vorvertrages vereinbart war. Hier ist es klar, daß der Geber beim Hingeben der Darlehnssumme ein Darlehn begründen will, sonst würde er nicht geben. Anders liegt die Sache beim contractus mohatrae. Hier fällt die Hingabe der Sache durch den Darlehnsgeber und der Eingang des Erlöses, also der Darlehnssumme, bei dem Darlehnsnehmer zeitlich auseinander. Es besteht die Möglichkeit, daß der Darlehnsgeber G nach Abschluß des Vertrages und Hingabe der Vase nichts mehr von dem Darlehn an N wissen will, und ausdrücklich die Vase von N zurückverlangt, N sie aber doch verkauft und den Erlös behält. Es ist die Frage, ob auch in diesem Falle, wo G ausdrücklich seine Einwilligung zu dem Darlehnsvertrage verweigert, dieser trotzdem als zustande gekommen anzusehen ist.

Nimmt man an, G habe seine Einwilligungserklärung noch nicht abgegeben, so müßte N darauf klagen, um ein Darlehn zustande zu bringen. Die Erklärung würde dann, da sie hier von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, als abgegeben gelten, sobald dem N nach den Bestimmungen der §§ 726, 730 ZPO. eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist (§ 894 ZPO.). Eine solche Klage aber wird in der Praxis nie vorkommen, vielmehr wird, wenn N den Erlös bekommen hat, ohne weiteres angenommen werden, daß der Darlehnsvertrag zustande gekommen ist. Dieses würde auch der Billigkeit am meisten entsprechen und läßt sich in folgender Weise rechtfertigen:

Bei der Hingabe der Vase an N hat G den Willen und die Absicht, daß N den aus dem Verkaufe erzielten Erlös als Darlehn behalten soll. In der Hingabe ist deshalb auch die stillschweigende Abgabe der Einwilligungserklärung zu dem zu begründenden Darlehn zu erblicken. Die Abgabe dieser Erklärung ist für den Darlehnsgeber bindend, er kann sie später nicht widerrufen. Ob er später nicht mehr den Willen hat, den Darlehnsvertrag abzuschließen, ist vollständig ohne Bedeutung.

Der Wille des Darlehnsempfängers, den Erlös als Darlehn zu behalten, ist auch schon vorhanden bei Annahme der Sache, aber seine stillschweigende Erklärung kann man erst als erfolgt ansehen, wenn er den Erlös tatsächlich erhalten hat. Sie liegt dann darin, daß er den Erlös behält, und geht dahin, den Erlös der Abrede gemäß als Darlehn schulden und zurückzahlen zu wollen. Erst damit ist die Einigung der Parteien über das Darlehn und somit der Darlehnsvertrag zustande gekommen. Eine Klage des N auf Einwilligungserklärung des G erübrigt sich also.

Es liegt hier ein ganz ähnlicher Fall wie beim Vorkauf vor. Gemäß § 505 BGB. erfolgt die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Auch hier liegt schon in der Einräumung des Vorkaufsrechts die antizipiert abgegebene Erklärung des Verpflichteten, mit dem Berechtigten auf dessen Verlangen beim Verkaufe der Sache an einen Dritten einen Kaufvertrag unter denselben Bedingungen wie mit diesem abzuschließen. Wie beim contractus mohatrae kommt es nicht darauf an, ob der Verpflichtete nachträglich noch den Willen hat, den Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten abzuschließen, sondern der Vertrag ist einfach

schon abgeschlossen, wenn der Berechtigte dem Verpflichteten erklärt, sein Vorkaufsrecht ausüben zu wollen. Auch hier ist keine Klage auf Einwilligungserklärung mehr erforderlich.

3. Der Erfüllungsanspruch.

a. Des Darlehnsnehmers.

Der Erfüllungsanspruch des Darlehnsnehmers N geht auf Übergabe der Vase und ferner auf Einwilligung des Darlehnsgebers G zum Abschluß des Darlehnsvertrages in Höhe des von N aus dem Verkaufe der Vase zu erzielenden Erlöses. Bei einer Erfüllungsweigerung des G steht einer Klage hierauf nichts entgegen und sie ist auch erforderlich. Wenn oben gesagt ist, daß eine Klage auf Einwilligungserklärung des G sich erübrigt, so ist dieses nur dann der Fall, wenn G freiwillig die Vase dem N übergeben hat, denn dann liegt in der Übergabe die stillschweigende Einwilligung. Bei einer ausdrücklichen Weigerung des G, die Vase zu übergeben aber kann man, wenn sie ihm im Wege der Zwangsvollstreckung fortgenommen wird, unmöglich seine stillschweigende Einwilligung zu dem Darlehnsvertrage annehmen. Deshalb muß man eine Klage darauf für erforderlich erachten.

Dieser Erfüllungsklage des N gegenüber kann der Darlehnsversprechende G die Einrede aus § 610 BGB. entgegensetzen. Hiernach kann G, wenn in den Vermögensverhältnissen des N nach Abschuß des Vertrages eine so wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, daß der Anspruch des G auf Rückerstattung gefährdet erscheint, das Darlehnsversprechen widerrufen. Erfolgt dieser Widerruf, dann ist G berechtigt, bei einer Klage des N seine Leistung zu verweigern. Die Voraussetzungen für den Widerruf muß G natürlich beweisen.

Da G mit der Übergabe der Vase vorleistungspflichtig ist, könnte man daran denken, ihm auch die Einrede aus § 321 BGB. zu geben. Hiernach würde, wenn nach dem

Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des N eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, G die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung oder Sicherheitsleistung für sie verweigern können. Indes ist die Anwendbarkeit dieses Paragraphen ausgeschlossen, denn in erster Linie handelt es sich hier um ein durch einen Darlehnsvorvertrag gegebenes Darlehnsversprechen und für dieses ist die Sondervorschrift des § 610 gegeben und deshalb allein anwendbar. Ferner wird der Anspruch des G auf die Gegenleistung des N beim contractus mohatrae nie gefährdet sein, da diese ja im Verkaufe der übergebenen Vase und Abschluß des Darlehnsvertrages durch Behalten des Erlöses besteht und in einer Erfüllungsklage des N die Bereitwilligkeit zu seiner Vertragsleistung liegt. Schließlich ist auch die Vertragsleistung des N unmöglich, bevor G seinerseits insofern geleistet hat, daß er dem N die Vase übergeben hat.

Was die Leistungszeit des G betrifft, so kann gemäß § 271 BGB., wenn eine solche weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der Gläubiger N die Leistung sofort verlangen, der Schuldner G sie aber sofort bewirken. In der Regel ergibt sich beim contractus mohatrae nichts besonderes aus den Umständen und man muß deshalb die Schuld des G auf Übergabe der Vase als sofort fällig ansehen.

b. Des Darlehnsgebers.

Der Anspruch des Darlehnsgebers G auf Erfüllung ist auf die Annahme der Vase, deren Verkauf und Abschluß des Darlehnsvertrages durch Annahme des Erlöses als Darlehnsvaluta gerichtet.

Es ist bestritten, ob bei dem gewöhnlichen Darlehnsvorvertrage bei einer Erfüllungsweigerung des Darlehnsnehmers die Klage auf den Abschluß des Darlehnsvertrages durch Annahme der Daslehnssumme zuzulassen ist. Dafür

hat sich Planck[1]) ohne nähere Begründung ausgesprochen und ebenso Matthiass[2]) und Staudinger.[3]) Letzterer ist aber der Ansicht, das in den meisten Fällen § 286 Abs. 2 BGB. wird zur Anwendung gelangen, und der Gläubiger danach unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird fordern können. Die Ansicht läßt sich jedoch beim contractus mohatrae nicht halten, denn es ist kaum anzunehmen, daß, wenn der Darlehnsnehmer mit dem Verkaufe der Sache und Annahme des Erlöses als Darlehn in Verzug geraten ist, nunmehr der Gläubiger infolge des Verzuges kein Interesse mehr an dieser Leistung hat. Bei dem gewöhnlichen Darlehnsvorvertrage mag es vielleicht wiederholt der Fall sein, nie aber beim contractus mohatrae.

Auch v. Schey[4]) vertritt die Ansicht, daß der Darleiher „bei zweiseitig verbindlichem Vorvertrage in erster Linie die Klage auf Erfüllung des pactum, d. i. auf Abschluß des Darlehnsvertrages richten muß, wenngleich die Exekution auch in diesem Falle tatsächlich zumeist auf die Hereinbringung des Schadensersatzes führen wird". v. Schey gelangt zu dieser Ansicht, indem er davon ausgeht, daß die Annahme der Darlehnsvaluta mit dem Darlehnskonsense ein Ganzes bilde", eine Leistung also, die nur als factum praestandum bezeichnet werden könne, und zwar als ein factum, welches von einem Dritten zustande gebracht werden könne. Der Kläger ..... lege daher sein Kapital bei einem Dritten an und liquidiere seinen Schaden gegen den ..... zum Nehmen des Kredits verpfiichtet gewesenen Gegner".

v. Schey geht hierbei von der falschen Voraussetzung aus, daß die Handlung des Darlehnsnehmers, also Abschluß des Darlehnsvertrages durch Annahme der Darlehnssumme auch von einem Dritten ausgeführt werden könne,

[1]) Planck, Bd. 2 Vorbem. V 2 zu § 607.
[2]) Matthiass, Bd. 1 § 121 S. 321.
[3]) Staudinger, Bd. 2 b Erl. I 2 zu § 610.
[4]) v. Schey, § 22 S. 176 und Anm. 25, 26 S. 176, 177.

also eine vertretbare Handlung sei. Tatsächlich aber ist der durch den Dritten abgeschlossene Darlehnsvertrag ein ganz anderer als der mit dem Schuldner beabsichtigte. Zwar könnte auch dieser Vertrag durch einen Dritten geschlossen werden, aber dies würde nur in Vertretung des Schuldners möglich und hierzu dessen Vollmacht erforderlich sein. In diesem Fall würde aber auch keine vertretbare Handlung im Sinne des § 887 ZPO., sondern eine unvertretbare im Sinne des § 888 ZPO. vorliegen.

Den entgegengesetzten Standpunkt, also den der Unzulässigkeit der Klage des Darlehnsgebers auf Erfüllung vertritt insbesondere Dernburg,[1]) indem er ausführt, daß grundsätzlich aus dem Darlehnsvorvertrage eine Klage auf Abschluß des Darlehnsrealvertrages und Annahme der Darlehnssumme gegeben sein müßte. „Ein solcher Zwang zur Entnahme von Geld sei aber nach der Verkehrsauffassung befremdend. Es lasse sich daher unterstellen, daß dies auch der Absicht der Parteien bei Eingehen des Geschäfts nicht entspreche, daß also eventuell nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewollt sei und allein gefordert werden könne". Auf diesem Standpunkt stehen im Prinzip auch Crome[2]) und Regelsberger.[3]) Letzterer hat als weiteren Grund angeführt, daß die Zwangsvollstreckung auf Annahme des Geldes als Darlehn gemäß § 888 Abs. 2 ZPO. unzulässig und deshalb auf das Schadensinteresse zu beschränken sei. Ob dieses letztere zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben, jedenfalls aber ist die Ansicht der sofortigen Zulässigkeit der Klage auf das Schadensinteresse als die richtige und einzig praktisch verwendbare anzusehen.[4])

Geht man nunmehr auf den Erfüllungsanspruch des

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 [2] § 236 S. 249.
[2]) Crome, Bürgerl. Recht Bd. 2 [2] § 247 Anm. 27 S. 597.
[3]) Regelsberger, Iherings Jahrb. Bd. 52 S. 422 ff. u. zivilr. Erörter. S. 130 f.
[4]) Vgl. für das preuß. Recht auch Förster-Eccius, Bd. 2 § 137 Anm. 20.

Darlehnsgebers beim contractus mohatrae im besonderen ein, so muß man allerdings zugeben, daß einer Klage auf Ausführung des Auftrags, nämlich Verkauf der Sache und Einziehung des Erlöses und der Zwangsvollstreckung gemäß § 887 ZPO., nichts entgegenstehen würde, aber dieses Auftragsverhältnis ist nur zu dem Zwecke gegeben, daß der Darlehnsnehmer die Darlehnssumme erhalte und dadurch der Darlehnsvertrag zustande komme. Ist aber eine Klage auf den Abschluß des Darlehnsvertrages nicht zulässig, so würde auch die Geltendmachung des Anspruchs auf Ausführung des Auftrags zwecklos sein, da, wie erörtert ist, das Auftragsverhältnis nur die Art der Ausführung des Vorvertrages ist.

Man kommt zu dem Ergebnis, daß beim contractus mohatrae im Falle der Erfüllungsweigerung des Darlehnsnehmers an die Stelle des Anspruchs des Darleihers auf Erfüllung sofort ein Anspruch auf das Schadensinteresse, also Schadensersatz wegen Nichterfüllung, tritt. Dieser Anspruch aber soll unten behandelt werden.

Was die Leistungszeit des N betrifft, so muß man, wenn eine solche nicht vereinbart ist, hier gemäß § 271 BGB. aus den Umständen entnehmen, daß dem Schuldner N eine angemessene Frist zum Suchen eines Käufers gelassen werden muß, und erst nach Ablauf dieser Frist der Anspruch als fällig anzusehen ist. Erfolgt dann eine Mahnung gemäß § 284 BGB., so muß die Leistung sofort erfolgen. Aber auch hier entscheidet sich, wie Planck[1]) sich ausdrückt, „da die Leistung ihrer Natur nach eine gewisse Zeit erfordert, erst nach dem Ablaufe dieser Zeit, ob der Verzug eingetreten ist. Es ist dem Schuldner ein modicum tempus zur Leistung zu belassen. Erfolgt die Leistung innerhalb dieser Zeit nicht, so gilt der Verzug schon als zur Zeit der Mahnung eingetreten".

[1]) Planck, Bd 2 Erl. 7 a zu § 284.

4. Die Folgen des Verzuges.

Es soll zu Grunde gelegt werden, daß der Darlehnsgeber oder der Darlehnsnehmer gemäß § 284 BGB. durch eine nach der Fälligkeit erfolgte Mahnung in Leistungsverzug geraten ist und die sich daraus ergebenden Folgen einer Erörterung unterzogen werden.

Gemäß § 287 Satz 2 BGB. ist der Schuldner auch für die während des Verzuges eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. Diese Bestimmung hat für den Darlehnsgeber keine Bedeutung, da er auch so schon bis zu seiner Leistung, der Übergabe der Sache, die zufällig eintretende Unmöglichkeit zu vertreten hat. Wohl aber ist sie für den Darlehnsnehmer wesentlich. Er hat also vom Eintritt seines Verzuges an die Gefahr des zufälligen Unterganges der ihm übergebenden Sache zu tragen, da ihm durch einen Untergang der Sache seine Leistung, Abschluß des Darlehnsvertrages in der vereinbarten Weise unmöglich wird.

Ferner hat des Schuldner, d. h. der Darlehnsgeber oder der Darlehnsnehmer je nachdem, wer im Verzuge ist, gemäß § 286 BGB. dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Gläubiger hat also neben dem Anspruch auf Erfüllung einen solchen auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Der Erfüllungsanspruch ist bereits behandelt und gezeigt, daß der Anspruch des Darlehnsgebers gegen den Darlehnsnehmer bei der Erfüllungsweigerung sich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auflöst.

Der im Falle des Verzuges des Darlehnsgebers dem Darlehnsnehmer neben der Erfüllung zu ersetzende Schaden besteht in den Folgen, die sich daraus ergeben, daß der Darlehnsnehmer die Sache und damit auch das Darlehn verpätet erhält. Diese Folge und der dadurch entstandene Schaden ist von dem Darlehnsnehmer zu substanziieren.

Will der jeweilige Gläubiger der im Verzuge befindlichen Partei noch andere Ansprüche geltend machen, so muß er, da zwischen den Parteien ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, gemäß § 326 BGB. dem Schuldner eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Leistet der Schuldner innerhalb der Frist nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges kein Interesse mehr für den anderen Teil hat. (§ 326 Abs. 2 BGB.)

Dieser Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, soll einer besonderen Behandlung unterzogen werden.

a. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

An sich fällt auch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 326 BGB. unter die allgemeine Bestimmung der §§ 249 ff. BGB. Hiernach ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Umstand ist bei § 326 die Nichterfüllung. Die Naturalrestitution gemäß § 249 BGB. würde also wieder in der Erfüllung bestehen. Diese aber soll gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 beim Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung ausgeschlossen sein. Deshalb kann § 249 hier nicht zur Anwendung gelangen, vielmehr muß der Schadensersatzanspruch des § 326 ein solcher auf Geldentschädigung sein und kann nur in diesem Sinne gedacht und verwendet sein.

Dies ist auch die bei weitem herrschende Ansicht.[1])

[1]) Windscheid-Kipp, Bd. 2 § 258 S. 69; Crome, Bürgerl. Recht Bd. 2[1] § 171 S. 188; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2[1] § 33 S. 91; Endemann, Bd. 1 § 160 Anm. 32 b S. 964; Oertmann, Bd. 2 Erl. 3 d zu § 249; Staudinger, Bd. 2[b] Vorbem. I 1 b zu § 249; Neumann, Bd. 1 Erl. II d γ zu § 326; v. Thur, S. 49; Kisch, Unmöglichkeit S. 127.

Auch das Reichsgericht[1]) hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, indem es ausführt, bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 könne von Anwendung des § 249 keine Rede sein, dieser Schadensersatzanspruch sei stets ein Anspruch auf Entschädigung in Geld, denn nach der ausdrücklichen Vorschrift jener Gesetzesbestimmung sei der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 249 Satz 1 würde aber dahin führen, jenen Erfüllungsanspruch wieder herzustellen.

Die gegenteilige Ansicht vertritt besonders Fischer.[2]) Er hält den Erfüllungsanspruch aus § 249 für einen anderen als den primären Erfüllungsanspruch. M. E. mit Unrecht, denn der erstere ist als Schadensersatzanspruch gar nicht zu erkennen. Wenn er gemäß § 250 in einen Geldersatzanspruch umgewandelt werden kann, dann wäre hierzu eine zweimalige Fristsetzung, erst aus § 326, dann aus § 250 erforderlich. Die erste würde nur den Zweck haben, daß man nach ihrem Ablauf auch wieder nur Erfüllung verlangen kann. Dies ist so unpraktisch, daß die Ansicht Fischers schon aus dem Grunde zu verwerfen ist. Diesen Einwand der größeren „Praktibilität" hält Fischer[3]) gegenüber der klaren Norm des Gesetzes für unzulässig, indes ist gezeigt, daß die ausdrückliche Bestimmung des § 326 Abs. 1 Satz 2 den Anspruch auf Erfüllung ausschließt, also die Norm des Gesetzes mehr für eine Geldentschädigung spricht.

Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung sind in der Literatur zwei Theorien vertreten. Nach der einen bleibt die Gegenleistung des zum Schadensersatz Berechtigten bestehen und er kann für die ganze ihm zustehende Leistung Schadensersatz fordern (Surrogationstheorie), nach der anderen fällt die Gegenleistung

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 61 S. 353.
[2]) Fischer, S. 190 ff.
[3]) Fischer, S. 192.

fort und die Schadensersatzfordernng besteht in der Differenz zwischen den Werten beider Leistungen nebst dem weitergehenden sonstigen Vertragsinteresse (Differenztheorie).

Beim contractus mohatrae sind die beiderseitigen Leistungen in ihrer Endwirkung, nämlich Abschluß und Zustandebringen des Darlehnsvertrages, vollständig voneinander abhängig. Die Leistung der einen Partei ist unmöglich, solange die andere nicht leistet, denn der einseitige Wille kann den Darlehnsvertrag nicht zustande bringen. Übergibt der Darlehnsgeber nicht dem Darlehnsnehmer die Sache, so kann dieser sie nicht verkaufen, den Erlös einziehen und durch Behalten desselben den Darlehnsvertrag zum Abschluß bringen. Seine Leistung ist also unmöglich. Hat umgekehrt der Darlehnsgeber die Sache übergeben, und der Nehmer verkauft sie nicht, so ist ebenfalls der Abschluß des Darlehnsvertrages seitens des Darlehnsgebers unmöglich, denn wenn auch, wie gezeigt ist, der Darleiher mit der Übergabe der Sache schon seine Willenserklärung zum Abschluß des Darlehnsvertrages abgegeben hat, so tritt die Wirksamkeit dieser Erklärung doch erst ein, wenn der Darlehnsnehmer erfüllt, also den Erlös für die von ihm verkaufte Sache eingezogen hat. Dieser Eintritt der von dem Darleiher beabsichtigten Wirksamkeit seiner Erklärung ist ausgeschlossen, wenn der Darlehnsnehmer nicht leistet. Man kann insofern immer bei einer Leistungsweigerung der einen Partei von einer dadurch bewirkten Unmöglichkeit der Leistung der anderen Partei sprechen.

Ist somit die Leistung des Darleihers bezw. des Darlehnsnehmers unmöglich, wenn nicht auch der Gegner leistet, so erübrigt sich ein Eingehen auf die Streitfrage, welcher Theorie die größere Berechtigung zukommt, denn auch die Anhänger der Surrogationstheorie geben für den Fall der Unmöglichkeit der Gegenleistung zu, daß der Gläubiger je nach Lage des Falles entweder Entschädigung

„für den ganzen Wert der schuldnerischen Leistung oder aber wenigstens Ersatz des Schadens, den er durch die Aufhebung der beiderseitigen Naturalerfüllungspflichten erleidet", verlangen kann. Dies hat insbesondere Kisch,[1]) der die Surrogationstheorie bis ins einzelne durchgeführt und begründet hat, dargelegt. Demnach muß beim contractus mohatrae immer die Differenztheorie zur Anwendung gebracht werden.

Nach ihr tritt an die Stelle der beiderseitigen Vertragspflichten die einseitige Pflicht des Darlehnsgebers bezw. Darlehnsnehmers, Schadensersatz zu leisten. Das Vertragsverhältnis konzentriert sich auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird aus dem fortbestehenden Vertrage gefordert und geschuldet.[2])

Gehen somit die gegenseitigen Vertragspflichten beim Verzuge des Darlehnsnehmers, um diesen vorweg zu behandeln, in dessen einseitige Verpflichtung zum Schadensersatz auf, so fällt die Verpflichtung des Darleihers zur Leistung oder Übergabe der Sache zum Verkauf und damit der rechtliche Grund für die erfolgte Übergabe fort. Auch ist der mit der Übergabe der Sache nach dem Inhalt des contractus mohatrae bezweckte Erfolg nicht eingetreten, denn nach der Parteivereinbarung ist die Übergabe der Sache nur erfolgt, um durch deren Verkauf und Einziehung des Erlöses einen Darlehnsvertrag abzuschließen, der Abschluß des Darlehnsvertrages aber ist mit dem Verlangen des Schadensersatzes ausgeschlossen. Demnach kann der Darleiher die Sache gemäß § 812 BGB. zurückfordern.

Sein Schadensersatzanspruch besteht in dem Ersatze des Interesses, das er an der Erfüllung hat. Der Darleiher ist wirtschaftlich in dieselbe Lage zu versetzen, in der er sich befände, wenn der Vertrag erfüllt wäre.

[1]) Kisch, Schadenersatz S. 129.
[2]) Entsch. d. RG. Bd. 50 S. 267, Bd. 61 S. 352.

Wäre aber der Vertrag erfüllt, so wäre in unserem Falle die Vase durch N zum Preise von 100 M. verkauft[1]) und ein Darlehnsvertrag in dieser Höhe zustande gekommen. G wäre also Darlehnsgläubiger des N zu 100 M. geworden und hätte einen Anspruch gegen ihn auf Verzinsung und Rückzahlung dieser Summe erhalten. An sich könnte er diesen Anspruch auch jetzt geltend machen, aber da er einen Anspruch auf Rückgabe der Vase hat, muß er sich ihren Wert anrechnen lassen oder sie verkaufen und den Mindererlös nebst den Zinsen von 100 M. als Schaden geltend machen. Er muß natürlich beweisen, daß N die Vase zum Preise von 100 M. hätte verkaufen können.

Beim Verzuge des Darlehnsgebers G mit der Übergabe der Vase besteht der Schaden des Darlehnsnehmers ebenfalls in dem Interesse, daß er an der Erfüllung gehabt hätte. Wäre aber erfüllt, so hätte N die Vase bekommen, sie verkauft, den Erlös eingezogen und der Darlehnsvertrag wäre zustande gekommen. N kann also den Schaden ersetzt verlangen, den er dadurch hat, daß der Darlehnsvertrag nicht zum Abschluß gelangt ist. Diesen Schaden muß er substanziieren und beweisen.

b. Das Recht auf Rücktritt vom Vertrage.

Das andere dem jeweiligen Gläubiger beim Verzuge des anderen Teils aus § 326 BGB. zustehende Recht ist das Recht auf Rücktritt vom Vertrage. Bei Ausübung dieses Rechts sind die Parteien gemäß § 346 BGB. verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Da beim Verzuge des Darlehnsgebers noch keine der Parteien geleistet hat, ist der Vertrag ohne

[1]) Ihre Verkäuflichkeit zu diesem Preise soll hier vorausgesetzt sein. Ist die Vase nicht verkäuflich, so liegt eine von keiner der Parteien zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung vor. Gemäß § 323 Abs. 1 BGB. verliert N den Anspruch auf die Gegenleistung, hat aber die Vase gemäß § 323 Abs. 3 zurückzugeben.

weiteres beim Rücktritt des Darlehnsnehmers aufgehoben, ohne daß irgendwelche Vertragspflichten hinterbleiben. Beim Verzuge des Darlehnsnehmers dagegen ist dieser verpflichtet, die ihm übergebene Sache dem Darlehnsgeber zurückzugeben. Im übrigen bietet dieser Fall keine Besonderheiten.